

TELEFONMARKEDSFØRING I ET RETTSLIG PERSPEKTIV

Kandidatnummer: 333

Veileder: Finn Arnesen

Leveringsfrist: 25. November 2006

Til sammen 17 320 ord

24.11.2006

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema, problemstillinger og avgrensninger	1
1.2	Rettskilder og metode	3
1.2.1	Introduksjon	3
1.2.2	Homogenitet	3
1.2.3	EØS-konform tolkning og presumsjonsprinsippet	4
1.2.4	Forrang	6
1.3	Begrepsavklaringer	7
1.4	Den videre fremstilling	7
2	OM FORSLAGET TIL NY MARKEDSFØRINGSLOV	9
2.1	Oversikt over gjeldende norsk rett på telefonmarkedsføringsområdet	9
2.2	Lovforslaget	9
2.2.1	Bakgrunn	9
2.2.2	De foreslåtte endringer – alternativene	11
3	<u>EØS-RETTSLIGE SKRANKER FOR NORSK REGULERING AV TELEFONMARKEDSFØRING</u>	12
3.1	Innledning	12
3.2	Oversikt over sekundærlovgivningen på telefonmarkedsføringsområdet	14

3.3 Nærmere om kommunikasjonsdirektivet art. 13 nr. 3	14
3.3.1 Bestemmelsens innhold	14
3.3.2 Anvendelsesområde	16
3.4 Betydningen av korrekt gjennomføring	20
<u>4 LOVFORSLAGETS ALTERNATIVER OG DE EØS-RETTLIGE SKRANKENE</u>	<u>21</u>
4.1 Krav om forhåndssamtykke	21
4.2 Krav om forhåndssamtykke med visse unntak	22
4.3 Utbedring av reservasjonsregisteret	25
4.4 Formkrav	26
4.4.1 Forholdet til sekundærlovgivningen	26
4.4.2 Forholdet til EØS-avtalen art. 11	26
4.4.3 Forholdet til EØS-avtalen art. 36 og 37	29
4.5 Krav til bruk av spesialnumre	35
4.5.1 Forholdet til sekundærlovgivningen	35
4.5.2 Forholdet til EØS-avtalen art. 11	36
4.5.3 Forholdet til EØS-avtalen art. 36 og 37	38
4.6 Hvorvidt et krav til spesialnumre kan opprettholdes på grunn av allmenne hensyn	39
4.6.1 Utgangspunkt	39
4.6.2 Unntak etter EØS-avtalen	39
4.6.3 Domstolskapte unntak	40
<u>5 SAMMENFATNING – VALG AV ALTERNATIVER</u>	<u>47</u>
5.1 De EØS-rettslige skrankenes betydning for valget av alternativer	47
5.2 Alternativenes hensiktsmessighet	47
5.2.1 Innledning	47
5.2.2 Vurdering	48
5.2.3 Avveining	52

6 SANKSJONSAPPARATET – HÅNDHEVELSE

6.1 Innledning	54
6.2 Gjeldende norsk rett	54
6.2.1 Markedsføringsloven	54
6.2.2 Personopplysningsloven	56
6.3 Forslag til endring av sanksjons- og håndhevingsreglene i markedsføringsloven	56
6.4 Sanksjoner og håndheving i praksis	59
6.4.1 Innledning – Territorialprinsippet	59
6.4.2 Norsketablerte telefonmarkedsførere	59
6.4.3 Telefonmarkedsførere etablert innen EU/EØS	60
6.4.4 Telefonmarkedsførere etablert utenfor EU/EØS	64
6.4.5 Norsk medvirkning til ulovlig telefonmarkedsføring fra utlandet	65
6.5 Sammenfatning	66

7 KILDEREGISTRE

7.1 Litteratur
7.2 Internasjonale konvensjoner og avtaler
7.3 Lovregister
7.4 EØS-rettslig sekundærlovgivning
7.5 Offentlige dokumenter
7.6 Andre kilder
7.7 Domsregister

1 INNLEDNING

1.1 Tema, problemstillinger og avgrensninger

Barne- og likestillingsdepartementet har fremmet et forslag til ny markedsføringslov¹.

En del av lovforslaget omhandler forbrukernes mulighet til å frabe seg direkte markedsføring, og herunder diskuteres ulike muligheter for å innskjerpe reglene om telefonmarkedsføring. Avhandlingen tar utgangspunkt i disse.

Avhandlingen har to overordnede problemstillinger. Den første og mest omfangsrike er hvorvidt EØS-avtalen legger føringer på *valget av alternativer*. Utgangspunktet er at Stortingets lovgivningskompetanse er suveren², og det kan således regulere telefonmarkedsføring etter eget ønske. Norges folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen innebærer imidlertid en begrensning i Stortingets frihet til å anvende denne lovgivningskompetansen.

EØS-avtalens hoveddel³ er gjort til norsk lov, jf EØS-lovens⁴ § 1. Videre fremgår det av EØS-avtalens art. 7 at alle rettsakter omhandlet i eller vedlagt EØS-avtalen skal være bindende og gjøres til avtalepartenes interne rettsorden. Dette må ses i sammenheng med EØS-avtalens art. 3, hvor det fremgår at avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle deres forpliktelser etter avtalen⁵.

¹ Høringsnotat – ny lov om markedsføring og annen markedspraksis (ny markedsføringslov)

² Grunnloven § 75 flg.

³ EØS-avtalens hoveddel består av fortalen og 129 artikler. Begrepet EØS-avtalen omfatter imidlertid også protokoller, vedlegg og sekundærlovgivning. For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s. 87-91

⁴ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr. 109

⁵ EØS-avtalens art. 3 er ofte omtalt som det alminnelige lojalitetsprinsippet, se *EØS-RETT (2004)* s. 185-186

Telefonmarkedsføring reguleres av flere direktiver omfattet av EØS-avtalen. Etter EØS-avtalen art. 7 b) kan staten velge form og midler for gjennomføring av direktiver. Denne friheten resulterer ofte i såkalt transformasjon til norsk rett. Transformasjon innebærer at såfremt den EØS-rettslige *forpliktelsen* gjennomføres, er det uten betydning *hvordan* dette skjer.⁶ Gjennomføring kan videre skje ved konstatering av normharmoni, også kjent som passiv transformasjon. Dette skjer ved å konstatere at norsk rett samsvarer med de EØS-rettslige forpliktelsene. Ingen særskilte gjennomføringstiltak anses da nødvendig. Det er likevel en forutsetning at det er *reell* normharmoni mellom den EØS-rettslige forpliktelsen og norsk rett.

Det må dermed vurderes hvorvidt lovforslagets alternativer er i samsvar med EØS-retten. Hvis dette ikke er tilfellet, og alternativene likevel gjøres til lov, vil det innebære et brudd på Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Et brudd vil kunne få konsekvenser for norske myndigheter. For det første kan det tenkes at norske borgere likevel kan påberope seg den EØS-rettslige regelen. Bruddet vil i så fall få den konsekvens at norsk rett blir satt til side. Dette er et spørsmål om EØS-rettens direkte virkning. For det andre kan det tenkes at norske borgere kan kreve erstatning på grunn av at de norske reglene ikke er i samsvar med statens EØS-forpliktelser. Et slikt erstatningsansvar ble statuert i *Finanger II*⁷. Traktatbruddssøksmål er en annen mulig konsekvens. Jeg har sett meg nødt til å avgrense avhandlingen mot disse konsekvensvurderingene. Dette er til dels svært omfattende spørsmål som ville ha sprengt avhandlingens rammer.

De EØS-rettslige skrankene vil ikke nødvendigvis ha avgjørende betydning for valget av alternativ(er). Viser det seg at flere alternativer samsvarer med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, eller at avtalen ikke legger føringer på alternativene overhodet, vil valget

⁶ For en grundigere innføring i gjennomføringsreglene, les *Stephan L. Jervell (2002)* s. 91-99

⁷ Rt. 2005 s. 1365

mellom disse bero på en hensiktsmessighetsvurdering. En slik hensiktsmessighetsvurdering faller naturlig inn i avhandlingen.

Den andre overordnede problemstillingen tar for seg statens muligheter til å *sanksjonere og håndheve* overtredelser av telefonmarkedsføringsreglene, og i hvilken grad dette er avhengig av hvor overtrederen er etablert. Å innskjerpe reglene om telefonmarkedsføring vil ha liten effekt hvis de ikke kan håndheves effektivt.

Forslaget til ny markedsføringslov innebærer visse endringer i dagens sanksjons- og håndhevingsregler. Det kan tenkes at disse endringene ikke samsvarer med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Det sentrale her er imidlertid hvorvidt staten *faktisk kan gripe inn* ved overtredelser av telefonmarkedsføringsreglene. I denne sammenheng er det av underordnet betydning hvorvidt de nasjonale reglene samsvarer med de EØS-rettslige forpliktelsene. Statens sanksjons- og håndhevingsadgang er underlagt begrensninger av en annen art. Jeg vil derfor ikke ta *eksplisitt* stilling til markedsføringslovens og lovforslagets samsvar med EØS-retten på dette området.

1.2 Rettskilder og metode

1.2.1 Introduksjon

Ved tolkning av norsk rett vil jeg anvende rettskildefaktorer og rettskildeprinsipper i samsvar med alminnelig norsk rettskildelære.⁸ Ved tolkning av EØS-avtalen og fastleggelsen av dens betydning for norsk rett, vil imidlertid andre rettskildefaktorer og tolkningsprinsipper ofte bli avgjørende⁹. Jeg skal i det følgende gjøre kort rede for dette.

1.2.2 Homogenitet

Det grunnleggende rettskildeprinsippet i EØS-retten er målsetningen om ensartede regler i hele EØS (homogenitetsmålsettingen), jf EØS-avtalen art. 1.¹⁰ Det fremgår av EØS-

⁸ For en innføring, se *Eckhoff, Thorstein (2001)* s. 19-38

⁹ For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s. 205-218

¹⁰ For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s. 202-203

avtalens forale fjerde ledd at samarbeidet i EØS skal være ”*dynamisk og ensartet*”. Med dynamisk menes at avtalen skal utvikle seg over tid, og at dette skal skje i pakt med den underliggende EU-rettens utvikling. I kravet om ensartethet ligger blant annet at EØS-bestemmelser skal tolkes på samme måte som tilsvarende EU-rettslige bestemmelser. De skal også praktiseres og håndheves på samme måte. Målet er at borgerne innen EØS og EU-området skal ha samme rettigheter, og ha samme mulighet til å få prøvet disse rettighetene.

Homogenitetsmålsettingen tilsier også at EF-domstolens praksis tillegges betydning ved fortolkningen av EØS-avtalen.¹¹ Etter EØS-avtalen art. 6 skal relevant praksis fra EF-domstolen fra før EØS-avtalen ble undertegnet¹² legges til grunn ved tolkningen av EØS-retten. Etter ODA¹³ art. 3 nr. 2 har EFTA-domstolen også plikt til å ta hensyn til senere rettspraksis.

EFTA-domstolen treffer i all hovedsak avgjørelser i samsvar med EF-domstolens praksis, såfremt ikke EØS-avtalens særpreg tilsier noe annet.¹⁴

Når Høyesterett tar stilling til EØS-avtalen gjøres dette etter de samme tolkningsprinsipper som EF- og EFTA-domstolen benytter.¹⁵

1.2.3 EØS-konform tolkning og presumsjonsprinsippet

EF-domstolen har utviklet et prinsipp om direktivkonform tolkning. I *Von Colson*¹⁶ uttales at medlemsstatene i fellesskapet plikter å tolke nasjonale lovregler på et slikt vis at de samsvarer med direktivets formål. Prinsippet ble begrunnet i EF art. 10, hvor det fremgår at

¹¹ For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s. 202-203.

¹² 02. mai 1992

¹³ Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol

¹⁴ For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s. 231-232

¹⁵ For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s. 237-238

¹⁶ ECR 1984 s. 1891

medlemsstatene plikter å treffe alle nødvendige tiltak for å etterleve sine forpliktelser etter traktaten. Denne forpliktelsen gjelder for alle statens myndigheter, også den dømmende.

EFTA-domstolen utviklet et prinsipp om EØS-konform tolkning i *Karlsson*¹⁷, med henvisning til homogenitetsprinsippet og effektivitetshensyn. EFTA-domstolen uttaler her at EØS-statene skal ta hensyn til relevant EØS-rett ved tolkning av nasjonale bestemmelser.

I *Finanger I*¹⁸ fastslo Høyesterett, forut for EFTA-domstolens avgjørelse i *Karlsson*, at medlemsstatene etter EØS-avtalen har plikt til å utvise lojalitet overfor fellesskapets bestemmelser, og at både presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform tolkning må vurderes på denne bakgrunn.¹⁹ Kjernen i presumsjonsprinsippet er at norsk rett antas å være i overensstemmelse med folkeretten. Høyesterett uttalte at det ikke er holdepunkter for at prinsippet om direktivkonform tolkning går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett, og fant at presumsjonsprinsippet også gjelder i forhold til EØS-avtalen. Det var derfor ikke nødvendig å ta stilling til om EØS-avtalen ga grunnlag for et prinsipp om EØS-konform tolkning.²⁰

Høyesterett forankrer bruken av presumsjonsprinsippet i forhold til EØS-forpliktelser i forarbeidene til ratifikasjonen av EØS-avtalen og EØS-loven.²¹ Av disse fremgår det at hvor nasjonale bestemmelser lar seg forstå på forskjellige måter, skal presumsjonsprinsippet føre til at man velger den forståelsen som er i samsvar med våre internasjonale forpliktelser. Det fremgår også at norske domstoler skal utnytte alle

¹⁷ Sak E-4/01 premiss 28

¹⁸ Rt. 2001 s. 1811

¹⁹ Rt. 2001 s. 1811, III pkt. 3

²⁰ Rt. 2001 s. 1811, III pkt. 4

²¹ Rt. 2001 s. 1811, III pkt. 6

muligheter tolkning og anvendelse av rettsregler gir for å unngå et folkerettsstridig resultat.²²

Presumsjonsprinsippet innebærer således at eventuell motstrid mellom EØS-rettslige forpliktelser og nasjonal rett skal bortfortolkes i den grad dette er mulig. Dette medfører at EØS-forpliktelser vil kunne få betydning for norsk rett selv om de ikke er gjennomført, eller gjennomført feilaktig.²³ Dette må sees i sammenheng med prinsippet om EØS-rettens forrang som redegjøres nedenfor.

Før presumsjonsprinsippet i det hele tatt kan anvendes må det imidlertid klargjøres hva de EØS-rettslige forpliktelsene innebærer. Ikke før man har tolket direktivbestemmelsene vil man kunne avgjøre hvorvidt det er behov for å legge til grunn en viss forståelse av den nasjonale regelen for å unngå motstrid. Dette fremgår blant annet av Høyesteretts uttalelser i *Bøhlerdommen*²⁴ i forbindelse med menneskerettighetslovens § 3, som er av samme karakter som EØS-lovens § 2.

1.2.4 Forrang

Det fremgår av EØS-avtalens protokoll 35 at staten har plikt til å sikre EØS-rettens forrang. EØS-loven § 2 oppfyller denne forpliktelsen. Etter EØS-lovens § 2 skal bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. EØS-lovens § 2 gir således forrang til EØS-rettslige forpliktelser som er korrekt gjennomført.

Hvor det er motstrid mellom ikke-gjennomførte eller feilgjennomførte EØS-regler og norsk rett vil ikke EØS-loven § 2 kunne anvendes. Dette da bestemmelsen kun gir forrang til EØS-rettslige forpliktelser som er gjort til norsk lov. I slike motstridstilfeller vil dermed

²² Se for eksempel Ot.prp.nr.79 (1991-1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv. s. 4

²³ Se *EØS-RETT* (2004) s. 242

²⁴ Se Rt. 2000 s. 996, s. 1007

den norske regelen måtte legges til grunn.²⁵ Det kan imidlertid tenkes at motstriden kan bortfortolkes ved hjelp av presumsjonsprinsippet.

1.3 Begrepsavklaringer

Særlig begrepene *EØS-rettslige skranker* og *telefonmarkedsføring* vil gå igjen i avhandlingen.

Med *EØS-rettslige skranker* mener jeg forpliktelser utledet av EØS-avtalen som Norge folkerettslig har forpliktet seg til å ta hensyn til som avtalepart. Begrepet er i all hovedsak anvendt for å vise at EØS-avtalen innebærer begrensninger i statens frihet til å bruke sin lovgivningskompetanse.

I forslaget til ny markedsføringslov brukes begrepet *telefonmarkedsføring* om muntlig markedsføring per telefon fra en person til en annen, i dagligtalen også kjent som telefonsalg.²⁶ Etter Barne- og likestillingsdepartementets ordbruk faller markedsføring per telefon fra talemaskin utenfor telefonmarkedsføringsbegrepet. Dette er også kjent som automatiske oppringninger. Jeg vil legge til grunn departementets forståelse av telefonmarkedsføring i denne avhandlingen.

1.4 Den videre fremstilling

Kapittel 2 til 5 tar for seg hvorvidt EØS-avtalen har betydning for hvilke(t) alternativ som kan anvendes for å regulere telefonmarkedsføring. I kapittel 2 gjør jeg innledningsvis rede for gjeldende norsk rett på telefonmarkedsføringsområdet. Deretter gjøres det rede for årsaken til at disse reglene foreslås endret, og Barne- og likestillingsdepartementets alternativer til endring presenteres. I kapittel 3 gjøres det rede for hvilke forpliktelser som følger av EØS-avtalens hoveddel og sekundærlovgivningen. Det vurderes også hvorvidt gjeldende norsk lov samsvarer med disse forpliktelsene, og hvilken betydning dette har.

²⁵ Se Rt. 2001 s. 1811

²⁶ Se Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 100-101

I kapittel 4 foretas en vurdering av hvert enkelt alternativ opp imot de EØS-rettslige skrankene. Kapittel 5 sammenfatter hvilke av alternativene som er forenlige med EØS-retten. Avslutningsvis vurderes hensiktsmessigheten av disse alternativene.

Kapittel 6 tar for seg markedsføringslovens sanksjons- og håndhevingsmuligheter ved overtredelse av reglene om telefonmarkedsføring, med særlig fokus på adgangen til å gripe inn ved overtredelser over landegrensene.

2 OM FORSLAGET TIL NY MARKEDSFØRINGSLOV

2.1 Oversikt over gjeldende norsk rett på telefonmarkedsføringsområdet

Markedsføringsloven²⁷ § 2 b) første ledd stiller krav om forhåndssamtykke ved direkte markedsføring til fysiske personer ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmetoder som for eksempel sms, e-post, telefaks og automatiserte oppringninger. Etter markedsføringsloven § 2 b) annet ledd er det gjort unntak fra kravet om forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring.

Etter personopplysningsloven²⁸ § 26 annet ledd har enkeltpersoner rett til å reservere seg mot direkte markedsføring i Det sentrale reservasjonsregister (reservasjonsregisteret), som administreres av Brønnøysundregistrene. Nærmere regler for reservasjonsregisteret er fastsatt i personopplysningsforskriften²⁹.

Reservasjonsordningen gjelder i utgangspunktet uavhengig av medium, men på grunn av at markedsføringsloven stiller krav om forhåndssamtykke for direkte markedsføring via e-post, telefaks, sms og så videre, får den i praksis kun anvendelse på markedsføring via telefon og post.

2.2 Lovforslaget

2.2.1 Bakgrunn

Hovedårsak til revideringen av markedsføringsloven er det nye EU-direktivet om urimelig handelspraksis overfor forbrukere.³⁰ Reglene om telefonmarkedsføring reguleres ikke av

²⁷ Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr. 47

²⁸ Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr. 31

²⁹ Forskrift om behandling av personopplysninger av 15.12.2000 nr. 1265

³⁰ Direktivet om virksomheters urimelige handelspraksis overfor forbrukere (2005/29/EF) Se *Høringsnotat* – ny markedsføringslov s. 5

direktivet om urimelig handelspraksis³¹. Barne- og likestillingsdepartementet er likevel av den oppfatning at også disse reglene bør revideres. Dagens samtykkeordning for automatiske oppringninger foreslås videreført i den nye markedsføringsloven.³²

Ifølge Barne- og likestillingsdepartementet viser tall fra Brønnøysundregistrene per 26. juni 2006 at 1 369 563 personer har reservert seg mot direkte markedsføring, og antall reservasjoner har vært stadig økende.³³ 99% av disse har reservert seg mot telefonmarkedsføring. Dette viser en generell misnøye med hensyn til telefon som markedsføringskanal. Mange oppfatter denne formen for markedsføring som påtrengende og ubehaglig. Det forekommer for eksempel at telefonmarkedsførere ringer opp flere mottakere samtidig for å sikre at de oppnår kontakt.

En artikkel i Dagsavisen av 25. oktober 2006 er illustrerende. Her er det satt fokus på problemet med tause oppringninger fra utenlandske telefonmarkedsførere. Ved tause oppringninger vil kun den eller de som først svarer få kontakt med telefonmarkedsføreren. De andre vil bare få samtalen brutt kort tid etter at de løfter av røret. Slike situasjoner kan virke forstyrrende. Det vil ofte være vanskelig å identifisere hvem som har ringt, enten på grunn av at telefonmarkedsføreren bruker skjult nummer, eller at nummeret ikke finnes i opplysningens registre. Det kan også være at mottakeren av slike tause oppringninger blir urolig. Mange har uroet seg over at dette kan være forsøk på nødannrop, eller følt seg overvåket.

I 2005 mottok Datatilsynet 750 klager relatert til telefonmarkedsføring på grunn av manglende respekt for reservasjonsregisteret.³⁴ Markedsføringsloven foreslås derfor endret for å bedre forbrukervernet på dette feltet.

³¹ Det fremgår uttrykkelig av direktivets forale pkt. 14 siste setning at dette reguleres av direktiv 2002/58/EF art. 13 nr. 3. Se kapittel 3.3

³² Se Utkast til ny markedsføringslov § 6-2 første ledd

³³ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 103

³⁴ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 104

2.2.2 De foreslåtte endringer - alternativene

Barne- og likestillingsdepartementet har sett på alternativer til dagens reservasjonsordning.³⁵ Det første alternativet er at det innføres et generelt krav om forhåndssamtykke. Dette kan gjennomføres ved å oppheve unntaket i markedsføringsloven § 2 b annet ledd. Det andre alternativet er å innføre et krav om forhåndssamtykke, men med visse unntak. Det tredje alternativet er at det innføres en regel om at avtaler inngått over telefon må bekreftes skriftlig for å være bindende (formkrav). Det fjerde alternativet er å effektivisere dagens reservasjonsregister. Under dette alternativet tas også opp spørsmålet om det ved telefonmarkedsføring skal benyttes visse spesialnumre som er lette å kjenne igjen. Departementet uttaler at dette er ”*et eget alternativ som ikke har med Reservasjonsregisteret å gjøre*”.³⁶ Det er ikke tenkt som en del av effektiviseringen av reservasjonsregisteret. I praksis foreslås dermed fem alternative løsninger.

De enkelte alternativer fremstilles som *enkeltstående* alternativer til dagens reservasjonsordning.³⁷ Departementet åpner imidlertid for at noen av alternativene vil kunne kombineres.³⁸ Det presiseres ikke hvilke. Noen av alternativene vil imidlertid i praksis utelukke hverandre, slik at de reelle kombinasjonsmulighetene begrenses.³⁹

I utkastet til ny markedsføringslov er reglene om telefonmarkedsføring regulert i § 6-2, men departementet sier i høringsnotatet at de vil vente til etter høringen før de går inn for ett av de ovenfor nevnte alternativer.⁴⁰

³⁵ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 105

³⁶ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 109

³⁷ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 105

³⁸ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 109

³⁹ Se kapittel 4

⁴⁰ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 109

3 EØS-RETTLIGE SKRANKER FOR NORSK REGULERING AV TELEFONMARKEDSFØRING

3.1 Innledning

Det er i hovedsak to EØS-rettslige skranker for ny lovgivning på området for telefonmarkedsføring. For det første reiser hvert av de fem alternative forslagene spørsmål i forhold til sekundærlovgivningen. Dette da telefonmarkedsføring er direktivregulert. Direktivene vil da sette grenser for hva som aksepteres av nasjonal lovgivning. For å få klarhet i hvilke forpliktelser direktivene medfører, må de tolkes. Når dette er klart må man så vurdere alternativene opp i mot direktivene for å avgjøre hvorvidt det er samsvar mellom de potensielle endringene i nasjonal rett og de EØS-rettslige forpliktelsene, jf EØS art. 7 b).

Det kan likevel tenkes at noen av alternativene vil falle utenfor direktivenes regulering. I slike tilfeller vil de i så fall måtte vurderes opp imot EØS-avtalens hoveddel.

En sentral del av EØS-avtalen er de fire friheter. Disse knesetter fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital mellom medlemsstatene. I forhold til de foreslåtte endringer i markedsføringsloven vil imidlertid noen av disse frihetene være mer aktuelle enn andre. Lovforslaget vil i hovedsak kunne utgjøre restriksjoner på den fri flyt av varer og tjenester i forhold til salg og markedsføring per telefon. Jeg kan ikke se at dette vil være noe reelt problem i forhold til fri flyt av kapital og personer.

Restriksjonsforbudene for varer finner vi i EØS-avtalens art. 10, 11, 12 og 14. EØS-avtalens art. 10 og 14 omhandler toll og interne avgifter som handelshindringer. Så vidt jeg kan forstå, vil ingen av alternativene rammes av disse forbudene. Alternativene vil imidlertid kunne komme i konflikt med EØS-avtalens art. 11 og 12. Disse bestemmelsene forbyr kvantitative restriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning på import og eksport av varer mellom EØS-stater. I og med at forslagene regulerer salg av varer per telefon, kan det tenkes at de utgjør en slik restriksjon.

Bevegelighet for tjenester reguleres i hovedsak av EØS-avtalens art. 36. Denne har samme funksjon for tjenester som art. 11 og 12 for varer. Lovforslagene vil her kunne være en restriksjon på selve *tjenesten telefonmarkedsføring*, i tillegg at de kan være en restriksjon på de *underliggende tjenester* (og varer) som markedsføres per telefon.

Det er et klart utgangspunkt at disse bestemmelsene kun retter seg mot avtalestatenes myndigheter, og ikke private. Her er det imidlertid gråsoner.⁴¹ Det må også bemerkes at det kreves et grenseoverskridende element for at restriksjonsforbudene får anvendelse. Rent interne forhold vil ikke reguleres.⁴²

Jeg har vanskelig for å se at det oppstår konflikt mellom lovforslaget og fri flyt av varer og tjenester ut av landet. Dette da alle alternativene etter min oppfatning regulerer telefonmarkedsføring overfor norske forbrukere i Norge, og legger ikke føringer på norsketablerte telefonmarkedsføreres eksport av varer og tjenester. Formålet er å bedre norske forbrukeres personvern, ikke å regulere eksport.⁴³ EØS-avtalens art. 12 om eksport av varer er dermed ikke aktuell, og heller ikke EØS-avtalen art. 36 overfor eksport av tjenester. Som sagt regulerer imidlertid art. 36 også import av tjenester.

Dette kapitlet vil i det videre vurdere hvilke forpliktelser som følger av sekundærlovgivningen på telefonmarkedsføringsområdet. Forpliktelsene som følger av EØS-avtalens hoveddel er i stor grad klarlagt av rettspraksis fra EF- og EFTA-domstolen. Jeg ser ingen grunn til å gå nærmere inn på dette før jeg vurder sekundærlovgivningens og EØS-avtalens direkte betydning for det enkelte av lovforslaget alternativer i kapittel 4.

⁴¹ For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s. 276 - 278

⁴² For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s. 280 - 282

⁴³ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 99

3.2 Oversikt over sekundærlovgivningen på telefonmarkedsføringsområdet

Det grunnleggende direktivet på dette feltet er personverndirektivet⁴⁴. Her nedfelles et vern av grunnleggende rettigheter og friheter for fysiske personer i forhold til behandling av personopplysninger, herunder særlig retten til privatlivets fred, jf direktivets art. 1 første ledd. Direktiv 97/66/EF⁴⁵ omsatte personvernsdirektivets prinsipper til særregler for telesektoren. Dette direktivet er nå erstattet av kommunikasjonsdirektivet⁴⁶. En følge av dette er at kommunikasjonsdirektivet må tolkes i lys av personverndirektivet. I tillegg vil definisjonene i personverndirektivet og rammedirektivet 2002/21/EF⁴⁷ gjelde også for kommunikasjonsdirektivet. Dette fremgår av kommunikasjonsdirektivets art. 2 første ledd.

3.3 Nærmere om kommunikasjonsdirektivet art. 13 nr. 3

3.3.1 Bestemmelsens innhold

Reglene om telefonmarkedsføring reguleres av kommunikasjonsdirektivets Artikkel 13. Denne artikkelen omhandler ”*Kommunikasjoner det ikke er bedt om*”. Med dette menes uoppfordret kontakt. Direktivets art. 13 nr. 3 er bestemmelsen som direkte regulerer mottakernes adgang til å frabe seg telefonmarkedsføring.

”Medlemsstatene skal treffe egnede tiltak for å sikre at kommunikasjoner det ikke er bedt om, og som er beregnet på direkte markedsføring, i andre tilfeller enn dem fastsatt i nr. 1 og 2, uten kostnader for abonnenten ikke tillates uten samtykke fra vedkommende abonnent, eller overfor abonnenter som ikke ønsker å motta slike kommunikasjoner, idet valget mellom disse to løsningene skal foretas i henhold til nasjonale lovgivning”

⁴⁴ Direktivet om beskyttelse av fysiske i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (95/46/EF)

⁴⁵ Direktivet om behandling av personopplysninger og vern av privatlivets fred innen telekommunikasjonssektoren (97/66/EF)

⁴⁶ Direktivet om personvern og elektronisk kommunikasjon (2002/58/EF)

⁴⁷ Direktivet om felles rammeregler for elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester (2002/21/EF)

For å forstå sammenhengen er det nødvendig å gjøre kort rede for art. 13. nr 1 og 2. Art. 13 nr. 1 omhandler bruk av automatiserte oppringningssystemer uten menneskelig medvirkning, telefaks og e-post i markedsføringssammenheng. Slik kommunikasjon tillates kun overfor *”abonnenter som på forhånd har gitt sitt samtykke”*. Dette kommer av at disse markedsføringsformene er svært billige og enkle, og kan utføres i stor skala. Derfor er det viktig at mottakerne vernes, da de ellers risikerer å ”drukne” i henvendelser. Art. 13 nr. 1 er gjennomført i norsk lov ved markedsføringsloven § 2 b første ledd.

Kommunikasjonsdirektivet art. 13 nr. 2 omhandler markedsføring per e-post i eksisterende kundeforhold. Det er her ikke et krav om forutgående samtykke som i nr. 1, men kundene må kunne reservere seg. Dette er i og for seg naturlig, da kundene kan tenkes å ha interesse av informasjon om lignende varer eller tjenester. At det foreligger en slik interesse må antas i og med det underliggende kundeforholdet. Hvis kunden imidlertid ikke ønsker slik markedsføring kan han frabe seg dette. Dette er i samsvar med norsk lov, jf markedsføringsloven §2 b) tredje ledd.

Det fremgår av markedsføringslovens forarbeider at kommunikasjonsdirektivets artikkel 13 nr. 3 pålegger de nasjonale myndighetene å sikre at abonnenter som er fysiske personer har en kostnadsfri rett til å unngå å få reklame via elektronisk kommunikasjon. Dette kan skje enten via en

*”«opt-in»-løysing (krav om aktivt samtykke før reklamen kan sendast) eller via ei «opt-out»-løysing (reservervasjonsrett). Føresegna gjeld berre for kommunikasjonsmetodar ut over dei som er omfatta av artikkel 13 nr. 1 og 2. Metodar som blir omfatta er til dømes vanleg telefonsal, jf. direktivets fortale punkt 42”*⁴⁸

Direktivets fortale punkt 42 angir *”taletelefonianrop fra person til person”* som en form for markedsføring som er relativt dyr for avsender og ikke medfører kostnader for abonnenter

⁴⁸ Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) Om lov om endringar i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) s. 24

og brukere, og som dermed kan *"berettige opprettholdelsen av"* en reservasjonsordning. Det fremgår imidlertid også at statene kan opprettholde en eksisterende samtykkeordning på dette området for *"ikke å redusere det nåværende personvernet"*. Staten har således plikt til å velge en av disse ordningene, men står fritt til å velge mellom dem.

Etter min mening angir ikke art. 13 nr. 3 et "tak" for hva som aksepteres utover reservasjons- eller samtykkeordningen, statene blir bare pålagt å sikre *"abonnentene"* en kostnadsfri rett til å unngå telefonmarkedsføring ved en av de nevnte ordningene. Det ligger for så vidt en begrensning i at tiltaket må være *"egnet"*, men så vidt jeg kan forstå er dette bare et krav om at reservasjons- eller samtykkeordningen må organiseres på en slik måte at den faktisk ivaretar personvernet slik direktivet angir. Bestemmelsen gir således uttrykk for hva man kaller minimumsharmonisering. Med dette menes at alle avtalestatene er pålagt å ivareta en minstestandard, men at de har en frihet, om enn ikke ubegrenset, til å regulere det aktuelle rettsområdet strengere. Dette skiller seg fra totalharmonisering, hvor direktivet angir en absolutt ramme for hva som aksepteres. Dette vil kunne få betydning for noen av de foreslåtte alternativene for endring av markedsføringsloven.

Årsaken til at det ikke stilles et absolutt samtykkekrav for telefonmarkedsføring er at denne kommunikasjonsformen ikke er så billig og enkel som automatisert markedsføring i art. 13 nr. 1. Dette medfører færre mulige henvendelser, og det kan derfor være akseptabelt med en reservasjonsordning og et lavere beskyttelsesnivå. Per i dag samsvarer norsk rett med dette, jf personopplysningsloven § 26 jf markedsføringsloven § 2 b) andre ledd.

3.3.2 Anvendelsesområde

Kommunikasjonsdirektivet art. 13 nr. 3 gjelder for *"abonnenter"*. I kommunikasjonsdirektivets art. 13 nr. 5 uttales at artikkelens nr. 1 og 3 får anvendelse på *"abonnenter som er fysiske personer"*. *"abonnenter"* defineres i rammedirektivets art. 2 k) som

"enhver fysisk eller juridisk person som har inngått en kontrakt med en tilbyder av offentlig tilgjengelige elektroniske kommunikasjonstjenester om levering av slike tjenester".

Anvendelsesområdet for telefonmarkedsføring reguleres i dag av markedsføringslovens § 2 b), og dette videreføres i utkastet til ny markedsføringslov § 6-2. Her anvendes begrepet ”fysiske personer”, og ikke ”abonnenter”. Dette er et overveid avvik fra norske myndigheters side, noe som fremgår av markedsføringslovens forarbeider.

*”I direktivet skil ein ikkje mellom den fysiske personens ulike roller; om vedkommande er å rekne som forbrukar, arbeidstakar eller næringsdrivande.”*⁴⁹

Departementet gir her uttrykk for at ”abonnenter” ikke gir vern til andre enn den som faktisk er abonnent på telefontjenesten, og trekker frem telefonmarkedsføring i jobbsammenheng som et eksempel. Etter deres oppfatning er også arbeidstakere fysiske personer som har rett til personvern, og de er av den oppfatning at direktivets formål om å sikre fysiske persons rett til personvern, jf. art. 1 og fortalen punkt 12 forsvare bruken av ”fysiske personer”. Det påpekes også at både Sverige og Danmark har lagt til grunn en slik forståelse av direktivet.⁵⁰ Etter min mening kunne imidlertid en slik begrunnelse ha vært forankret i art. 13 nr. 3. Ved å fortolke denne i lys av direktivets formål, vil jeg hevde at ”abonnenter” også omfatter situasjoner hvor abonnenten kontaktes av markedsførere utenfor den direkte abonnementsavtalen mellom kunde og tilbyder. Det fremgår av kommunikasjonsdirektivet art. 1 at formålet er særlig å ivareta retten til personvern. Det vil da være urimelig om ordlyden i art. 13 nr. 3 tolkes snevert, slik at abonnenter som blir kontaktet av markedsførere utenfor det direkte abonnementsforholdet ikke omfattes. En slik tolkning ser også ut til og legges til grunn av Court of First Instance i *Vannieuwenhuyze*, hvor det uttales at kommunikasjonsdirektivets art. 13 nr. 1-3 gir rettigheter til ”any user of or subscriber” av offentlig tilgjengelige elektroniske kommunikasjonstjenester.⁵¹ På grunnlag av dette anser jeg ikke departementets bruk av ”fysiske personer” som problematisk i forhold til kommunikasjonsdirektivet.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 14

⁵⁰ Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 14

⁵¹ ECR 2003 s. II-1997 premiss 22

For det andre avgrenser markedsføringsloven § 2 b) og utkastets § 6-2 sitt virkeområde til ”næringsvirksomhet”⁵², mens kommunikasjonsdirektivet ikke har noen slik begrensning. Begrepet ”næringsvirksomhet” defineres ikke nærmere i markedsføringsloven. Kommunikasjonsdirektivets art. 3 nr. 1 angir dets anvendelsesområde for å være

”behandling av personopplysninger i forbindelse med at offentlig tilgjengelige elektroniske kommunikasjons tjenester tilbys i offentlige kommunikasjonsnett i Fellesskapet”.

I tillegg fremgår det av personverndirektivet art. 3 nr. 2 at dette ikke får anvendelse på behandling av personopplysninger ”som utføres av en fysisk person som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter.” Presumsjonsprinsippet tilsier da at ”næringsvirksomhet” omfatter all aktivitet som kan sies å gå ut over begrensningene i personverndirektivets art. 3 nr. 2, og som omfattes av kommunikasjonsdirektivets art. 3 nr. 1. Etter min oppfatning er det ikke problematisk å legge en slik forståelse til grunn, da ”næringsvirksomhet” må anses for å være en vid avgrensning. En bokstavtolkning av begrepet tilsier at det omfatter all virksomhet av et visst økonomisk omfang, noe som harmonerer med den negative begrensningen i personverndirektivets art. 3 nr. 2.

Både direktivet og markedsføringsloven retter seg mot markedsføring. Direktivets art. 13 nr. 3 bruker uttrykket ”direkte markedsføring”. Dette blir ikke nærmere definert verken i kommunikasjonsdirektivet, personverndirektivet eller rammedirektivet. EU’s Data Protection Working Party uttaler imidlertid at

*“The Working Party’s opinion is that Article 13 of Directive 2002/58/EC consequently covers any form of sales promotion, including direct marketing by charities and political organisations (e.g. fund raising, etc.).”*⁵³

⁵² Denne avgrensningen gjelder generelt for markedsføringslovens kapittel I.

⁵³ Opinion 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC s. 8

Dette er en vid forståelse som omfatter all markedsføring med gevinst for øye, jf *”any sales promotion”*. Uttalelser fra underordnede felleskapsrettslige institusjoner har i utgangspunktet beskjeden rettskildemessig vekt, og kan sammenlignes med betydningen av forvaltningspraksis og forvaltningsuttalelser i norsk rett.⁵⁴ Hvor det imidlertid ikke finnes andre relevante rettskilder som klarlegger markedsføringsbegrepet vil en slik uttalelse få betydning.

Markedsføringsbegrepet i markedsføringsloven har et tilsvarende innhold som kommunikasjonsdirektivet. Markedsføringsloven § 2 b) og utkastets § 6-2 stiller ifølge Barne- og likestillingsdepartementet krav om forhåndssamtykke ved *”direkte markedsføring”* til fysiske personer. *”direkte markedsføring”* blir definert som

*”...direkte henvendelser til enkeltpersoner for å selge eller markedsføre varer, tjenester eller andre ytelser. Dette omfatter for eksempel direkte henvendelser via telefon, e-post, sms og adressert reklame i posten”*⁵⁵

Markedsføringslovens forarbeider viser videre at loven ikke omfatter virksomheter som driver med opinions- og markedsundersøkelser. Dette er ikke å anse som markedsføring i lovens forstand,⁵⁶ og vil heller ikke omfattes av *”any sales promotion”* etter kommunikasjonsdirektivets art. 13. Denne avgrensningen medfører dermed at forbrukere ikke er beskyttet mot opinions- og markedsundersøkelser per telefon. Disse henvendelsene vil kanskje ikke oppfattes som like ubehagelige som markedsføringshenvendelser, men det er grunn til å tro at de kan virke like forstyrrende. Slike henvendelser medfører riktignok ingen økonomisk risiko for mottakerne, men selve henvendelsen vil i mange tilfeller være uønsket. Vernet mot uanmodet kommunikasjon i kommunikasjonsdirektivet er således ikke

⁵⁴ Se for eksempel *EØS-RETT (2004)* s. 217-218

⁵⁵ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 100

⁵⁶ Ot.prp nr. 62 (1999 – 2000) s.14

komplett, og de foreslåtte lovendringene ser heller ikke ut til å regulere annet enn markedsføringshenvendelser.

3.4 Betydningen av korrekt gjennomføring

Vi har sett at ordlyden i kommunikasjonsdirektivet og de nasjonale reglene som gjennomfører direktivet ikke er identisk. Det fremgår imidlertid av EØS-avtalen art. 7 b) at dette heller ikke er en forutsetning for korrekt gjennomføring. Staten velger selv form og midler for gjennomføringen. Det avgjørende er således om direktivets materielle innhold er gjennomført.

Som gjennomgangen ovenfor viser, er det ikke noe som tilsier at de norske reglene strider mot statens forpliktelser etter kommunikasjonsdirektivet, selv om gjennomføringen ikke har skjedd ordrett. De EØS-rettslige forpliktelsene i kommunikasjonsdirektivet er dermed gjennomført i norsk lov.

Gjennomføringsbestemmelsene har således forrang ved motstrid med andre nasjonale regler som ikke tjener til å ivareta Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, jf EØS-loven § 2. Dette innebærer at de foreslåtte endringene i markedsføringsloven må være i samsvar med direktivet for å kunne erstatte de eksisterende reglene.

4 LOVFORSLAGETS ALTERNATIVER OG DE EØS-RETTLIGE SKRANKENE

4.1 Krav om forhåndssamtykke

Barne- og likestillingsdepartementet uttaler at det viktigste hensynet som taler for et krav om forhåndssamtykke er hensynet til forbrukerne og privatlivets fred.⁵⁷ Dette ivaretas i og med at samtykkeordningen i utgangspunktet forbyr telefonmarkedsføring til forbrukere. Telefonmarkedsførere er ofte hyggelige, men også pågående. Selv om man er usikker på om det er en god handel, ender forbrukeren ikke sjelden opp med å akseptere tilbudet da dette er den enkleste måten å avslutte samtalen på. En artikkel på Dagens Næringslivs nettsider setter fokus på dette. Her uttaler forbrukerombud Bjørn Erik Thon at

*”Vi hadde blant annet en eldre mann som sa at han verken hørte eller skjønnte noen ting. Likevel fortsatte samtalen, og han inngikk en avtale”.*⁵⁸

Det kan derfor hevdes at især de minst ressurssterke forbrukerne vil tjene på en samtykkeordning. En eventuell innføring av krav om forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring vil også innebære at en får lik behandling av alle telekommunikasjonsteknikker, slik at forbrukeren får samme beskyttelse uansett hvilket medium den næringsdrivende måtte ønske å bruke.⁵⁹ Departementet påpeker for eksempel at forbrukerne i dag har bedre beskyttelse ved e-postmarkedsføring, som anses som en mindre pågående markedsføringsform.⁶⁰

Som nevnt kan statene etter kommunikasjonsdirektivet art. 13 nr. 3 velge mellom en samtykkeordning og en reservasjonsordning ved telefonmarkedsføring. Direktivet sier imidlertid ikke noe direkte om den eksakte situasjon vi står overfor; at en eksisterende

⁵⁷ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 105

⁵⁸ http://www.dn.no/privatokonomi/article914488.ece?WT.svl=article_title, sitert 03.11.2006

⁵⁹ Se markedsføringsloven §2 b)

⁶⁰ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 105

reservasjonsordning endres til en samtykkeordning. Det fremgår av fortalens punkt 42 at det er hensyn ved telefonmarkedsføring som ”*kan berettige opprettholdelse*” av reservasjonsordningen. Dette gir grunnlag for to tolkninger. For det første tyder ”*kan berettige*” på at det å opprettholde en reservasjonsordning er et unntak, slik at en samtykkeordning anses som den mest ønskede. Dette vil i så fall tale for at Norge kan innføre en samtykkeordning. For det andre tyder ”*opprettholdelse*” for at man står overfor en situasjon hvor man allerede har en reservasjonsordning. At man da kan velge å opprettholde må bety at man også kan velge å innføre en samtykkeordning. Det at statene etter ordlyden i art. 13 nr. 3 i utgangspunktet står fritt trekker også i samme retning.

Skulle staten derfor velge en samtykkeordning vil dette være i samsvar med kommunikasjonsdirektivet. Dette er også Barne- og likestillingsdepartementets konklusjon:

”EØS-avtalen synes...ikke å være til hinder for å innføre krav om forhåndssamtykke for Telefonmarkedsføring”⁶¹.

Det er kun i forhold til samtykkekravet at departementet foretar en EØS-rettslig vurdering. Etter min mening er dette av vesentlig betydning for alle alternativene, og slik sett en mangel ved lovforslaget.

4.2 Krav om forhåndssamtykke med visse unntak

Det er her snakk om å unnta visse bransjer som bedriver salg og markedsføring av egne produkter og tjenester. Slike virksomheter kan ha et ekstra stort behov for telefonmarkedsføring for å generere inntekter⁶². Danmark har gjennomført en slik ordning. I forbrukeraftaleloven⁶³ § 6 første ledd fremgår det at

⁶¹ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 103

⁶² Høringsnotat – ny markedsføringslov. 108

⁶³ Lov om visse forbrukeraftaler av 09. juni 2004 nr. 451

”Erhvervsdrivende må ikke uden forudgående anmodning herom rette personlig eller telefonisk henvendelse til en forbruger på dennes bopæl, arbejdsplads eller andet sted, hvortil der ikke er almindelig adgang, med henblik på straks eller senere at opnå tilbud eller accept af tilbud om indgåelse af aftale.”

Det er således et generelt krav til forhåndssamtykke ved individuelle markedsføringshenvendelser overfor forbrugere, ikke bare ved telefonmarkedsføring. Det kan imidlertid se ut som om bestemmelsen bare verner om forbrukere når disse er på et sted uten ”*almindelig adgang*”. Dette vil for eksempel innebære at en forbruker som er mottakelig for telefonmarkedsføring per mobil i teorien er beskyttet når han er hjemme, men ikke når han er på butikken. Jeg har ikke funnet noen klargjøring av dette i de danske forarbeidene, men vil likevel påstå at bestemmelsen må forstås annerledes. Dette da den er rettet mot så vel ”*personlig*” markedsføring (for eksempel dørsalg) som telefonmarkedsføring. ”*almindelig adgang*” er en naturlig avgrensning i forhold til personlig markedsføring. Markedsføreren kan ikke oppsøke forbrukeren hjemme eller på jobb, men derimot når han beveger seg i det offentlige rom. I forhold til telefonmarkedsføring er det da naturlig å tolke ”*almindelig adgang*” som en generell avgrensning mot forbrukernes privatsfære. Dermed vil forbrukere også nyte beskyttelse mot telefonmarkedsføring rettet mot dem som privatpersoner. Fornuften tilsier også en slik forståelse. Å regulere telefonmarkedsføring ut ifra hvor forbrukeren befinner seg vil ha lite for seg i dagens teknologiske samfunn, hvor de fleste er tilgjengelige tilnærmet hvor som helst, når som helst.

I forbrugerftalelovens §6 andre ledd er imidlertid visse henvendelser unntatt samtykkekravet i første ledd. Dette gjelder

- ”1) bestilling af bøger,*
- 2) tegning af abonnement på aviser, ugeblade og tidsskrifter,*
- 3) formidling af forsikringsaftaler og*

4) tegning af abonnement, der omfatter redningstjeneste eller sygetransport, hos en virksomhed, med hvilken en eller flere kommuner har indgået aftale om udførelse af rednings- og slukningsarbejde ved ildebrand.”.

Ifølge Barne- og likestillingsdepartementet fremgår det av forarbeidene til forbrukeraftaleloven at de to første unntakene er særlig begrunnet i deres betydning for det alminnelige informasjonsnivå og forbrukernes mulighet til å delta i samfunnsdebatten. De to siste unntakene er begrunnet i et grunnleggende behov for forsikrings- og nødtjenester.⁶⁴ Det er således ikke tatt hensyn til visse virksomheters behov for å generere inntekter ved telefonmarkedsføring, et hensyn Barne- og likestillingsdepartementet fremhever som relevant for å velge en slik unntaksordning.

Departementets forslag om et krav til samtykke med visse unntak vil også reguleres av kommunikasjonsdirektivet. Ifølge direktivets artikkel 13 nr. 3 kan de unntatte aktører imidlertid ikke gis frie tøyler. Forbrukerne skal ha rett til en kostnadsfri mulighet til å skjerme seg mot telefonmarkedsføring, enten ved reservasjon eller ved en samtykkeordning. I dette ligger likevel en mulighet for unntaksordninger som ikke strider med direktivet. Dette kan gjennomføres ved at forbrukerne gis mulighet til å reservere seg mot markedsføring fra telefonmarkedsførere som er unntatt samtykkekravet. Dette er strengt tatt en ordning vi i Norge praktiserer i dag, jf markedsføringsloven §2 b) andre ledd. Her er telefonmarkedsføring unntatt det generelle kravet til forhåndssamtykke, men likevel underlagt reglene om et reservasjonsregister. På dette viset opererer man både med en samtykkeordning og en reservasjonsordning. Dette ser også ut til å være tilfellet i Danmark. Det fremgår av den danske markedsføringslovens⁶⁵ § 6 tredje ledd at det generelle utgangspunktet for elektronisk markedsføring er en reservasjonsordning, men at forbrukeraftaleloven gjelder ved telefonmarkedsføring overfor forbrukere.

⁶⁴ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 103

⁶⁵ Lov om markedsføring av 21. desember 2005 nr. 1389

Det er imidlertid ikke gitt at en slik mellomløsning er i overensstemmelse med kommunikasjonsdirektivet. Dette sier strengt tatt at Norge må ha en samtykkeordning *eller* en reservasjonsordning. Direktivets formål om å sikre personvernet taler likevel for at en kombinasjon aksepteres. En slik ordning vil formodentlig ikke medføre samme personvern som en ren samtykkeordning, men økt vern i forhold til en ren reservasjonsordning. Således vil beskyttelsesnivået tilfredsstillende direktivets minstekrav, og også ivareta formålet om harmonisering, jf kommunikasjonsdirektivets art. 1.

Presumsjonsprinsippet tilsier dermed at en reservasjonsordning ligger ”i bunnen” av en eventuell bestemmelse om krav til samtykke med visse unntak. Legger man en slik forståelse til grunn vil dette forslaget etter min mening være i samsvar med kommunikasjonsdirektivets art. 13 nr. 3.

4.3 Utbedring av reservasjonsregisteret

Departementet presenterer flere alternativer til effektivisering av reservasjonsregisteret⁶⁶. Det første er at registeret blir knyttet til telefonnummer i tillegg til personnummer, det andre at flere adresser kan registreres utover den folkeregistrerte, og det tredje at markedsførere får tilgang til folkeregisteret. Ingen av disse tiltakene er i utgangspunktet problematiske i forhold til kommunikasjonsdirektivet. Direktivets art. 13 nr. 3 hjemler som nevnt en reservasjonsordning. Selv om det eksisterende reservasjonsregisteret effektiviseres vil det like fullt være et reservasjonsregister. Direktivet legger ingen føringer på hvordan dette blir gjennomført. Så lenge det faktisk er et reservasjonsregister som gir forbrukerne en kostnadsfri mulighet til å unngå telefonmarkedsføring, vil staten stå temmelig fritt til å regulere registerets videre innhold. Dette må ses i sammenheng med statenes frihet ved gjennomføring av direktiv, jf EØS art. 7.

⁶⁶ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 104 og 109

4.4 Formkrav

4.4.1 Forholdet til sekundærlovgivningen

Formkravet går ut på å innføre en regel om at avtaler som inngås over telefon ved telefonmarkedsføring må bekreftes skriftlig⁶⁷. På dette viset ønsker departementet å skape klarhet rundt avtaleinngåelsen, og blant annet motvirke såkalt ”negativt salg”. Som departementet påpeker, finnes det lignende regler på avgrensede felt, men at dette alternativet er ment som et generelt krav om skriftlig bekreftelse ved avtaler inngått ved telefonmarkedsføring. Formkravet vil imidlertid bare gjelde i næringsvirksomhet til fysiske personer, jf markedsføringslovens anvendelsesområde for telefonmarkedsføring.

Kommunikasjonsdirektivets art. 13. nr. 3 regulerer *uanmodet kommunikasjon* ved telefonmarkedsføring. Hensikten med bestemmelsen er å sikre forbrukere en mulighet til å unngå denne markedsføringsformen. Et formkrav har ingenting med uanmodet kommunikasjon å gjøre, ordningen regulerer avtaleslutningen i etterkant av at telefonmarkedsføreren har kommet i kontakt med forbrukeren. En formkravsordning vil således falle utenfor kommunikasjonsdirektivet art 13 nr. 3. Jeg kan heller ikke se at denne type formkrav reguleres av sekundærlovgivningen for øvrig. Spørsmålet blir da om ordningen er en restriksjon på den frie flyt av varer og tjenester etter EØS-avtalens hoveddel.

4.4.2 Forholdet til EØS-avtalen art. 11

4.4.2.1 Problemstilling

Etter EØS-avtalen art. 11 skal ”*kvantitative importrestriksjoner*” og alle ”*tiltak med tilsvarende virkning*” være forbudt mellom avtalepartene.

Kvantitative importrestriksjoner omfatter for eksempel forbud på import fra en annen medlemsstat, eller kvotering av importerte varer. Begrepet vil også omfatte ordninger som

⁶⁷ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 108

uttrykkelig pålegger importvarer særlige byrder eller ulemper, såkalte opprinnelsesbestemte tiltak.⁶⁸ Et formkrav vil ikke være en kvantitativ importrestriksjon. Det medfører ingen åpenbare begrensninger for import av varer til Norge. Det er heller ikke opprinnelsestemt, alle varer solgt per telefon til fysiske personer omfattes, både innen- og utenlandske. Spørsmålet blir dermed om formkravet er et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon.

4.4.2.2 Dassonville

I *Dassonville* ble et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i forhold til EF art. 28 (EØS-avtalens art. 11) definert som

*”All trading rules enacted by member states which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions”*⁶⁹

Dette innebærer at selv om et tiltak er opprinnelsesnøytralt vil det rammes av EØS-avtalens art. 11. Det er tilstrekkelig at det *potensielt* kan påvirke handelen. Det er ikke tvilsomt at et formkrav potensielt kan være et hinder for salg av utenlandske varer i Norge, i og med at det legger føringer på måten varene omsettes på. Vurderingen slutter imidlertid ikke her. Dette kommer av at EF-domstolen etter hvert fant ut at *Dassonville* var for streng, og valgte å statuere et skifte av retning i *Keck*⁷⁰.

4.4.2.3 Keck

I *Keck* ble det slått fast at ikke alle opprinnelsesnøytrale tiltak utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. Det skilles her mellom produktkrav og bestemte former for salg. Produktkrav er krav til en vares form, innpakning, sammensetning og så videre, og vil uten videre rammes av EØS-avtalens art.

⁶⁸ For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s.294-295

⁶⁹ ECR 1974 s. 873 premiss 5

⁷⁰ ECR 1993 s. I-6097

11.⁷¹ Med bestemte former for salg siktes til regulering av forholdene rundt salg av varer på det nasjonale markedet, så som regulering av åpningstider, salgssteder, reklame, krav til den som selger varene, krav til kjøperne og så videre. En nasjonal bestemmelse vil ikke være et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon såfremt den regulerer bestemte former for salg. Det er imidlertid en forutsetning at bestemmelsen får anvendelse overfor alle næringsdrivende som utøver virksomhet i landet og at den påvirker innen og utenlandske varer på samme måte, både rettslig og faktisk.⁷²

EF- domstolens uttalelser i *Keck* tilsier således at man må sonde mellom markedsadgang og markedsregulering. Regler som regulerer markedsføringen av produkter, men ikke hindrer markedstilgangen, utgjør ikke en handelshindring dersom reglene påvirker omsetningen av innenlandske og importerte produkter på samme måte. *Keck* gir således statene større spillerom, i det de gis en nokså utstrakt mulighet til å regulere omsetningen innad i det nasjonale markedet.

Et formkrav vil ikke hindre utenlandske varers adgang til det norske markedet, det stilles ingen krav til selve varen. Formkravet vil derimot legge føringer på omsetningen av varer i Norge. Dette er dermed en regulering av bestemte former for salg etter *Keck*. Det avgjørende vil da bli om formkravet får anvendelse overfor alle næringsdrivende som utøver virksomhet i landet, og påvirker innen- og utenlandske varer på samme måte, både rettslig og faktisk. Det er liten tvil om at formkravet gjelder alle varer som selges per telefon til fysiske personer i Norge, og får således anvendelse overfor alle næringsdrivende som driver slik virksomhet. Det er heller ikke tvilsomt at kravet rettslig sett er likt for alle. Spørsmålet er da om tiltaket kan ha skjevvirksomhet, slik at det i praksis medfører større vanskeligheter for omsetningen av utenlandske varer i forhold til innenlandske. Her kan det være nærliggende å dra paralleller til EF-domstolens uttalelser i *Sass*⁷³. Avgjørelsen gjaldt et forbud mot at bakere, slaktere og grønnsakshandlere ikke fikk selge

⁷¹ For en grundigere utredning av *Keck*, se EØS-RETT s. 300-301

⁷² ECR 1993 s. I-6097 premiss 16

⁷³ ECR 2000 s. I-151

sine varer i et område uten å være etablert der. Dette var regulering av bestemte former for salg, men tiltaket ble ansett for å medføre en tyngre situasjon for utenlandske varer. Dette fordi forhandlere som var lovlig etablert i en annen medlemsstat måtte etablere seg også i Østerrike for å kunne selge varer her.

*“Consequently, in order for goods from other Member States to enjoy the same access to the market of the Member State of importation as domestic goods, they have to bear additional costs”.*⁷⁴

Det fremgår imidlertid klart av lovforslaget at formkravet bør kunne gjennomføres elektronisk.⁷⁵ Dermed vil det formodentlig ikke være verken vanskeligere eller dyrere å omsette utenlandske varer enn innenlandske, varens opprinnelse og hvor den selges fra er i denne sammenheng uten betydning. Formkravet vil således ikke medføre skjevvinninger for utenlandske varer.

På dette grunnlag vil ikke et formkrav rammes av EØS-avtalen art. 11.

4.4.3 Forholdet til EØS-avtalen art. 36 og 37

4.4.3.1 Problemstilling

EØS-avtalen art. 36 er den sentrale bestemmelsen for fri flyt av tjenester. Etter denne skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester over landegrensene innad i EØS.

I EØS-avtalen art. 37 er tjenester definert negativt som *”tjenester som vanligvis ytes mot betaling”* og som ikke omfattes av de øvrige friheter i avtalen. I art. 37 første ledd foretas en positiv, ikke-uttømmende oppregning av hva tjenestebegrepet omfatter. Dette er industriell virksomhet, handelsvirksomhet, håndverksvirksomhet og virksomhet innen de frie yrker.⁷⁶ Det

⁷⁴ ECR 2000 s. I-151 premiss 26

⁷⁵ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 108

⁷⁶ For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s. 426

er etter min mening ikke tvilsomt at telefonmarkedsføring er en tjeneste, da dette er å anse som handelsvirksomhet via telefon.

Det kan se ut som om EØS-avtalens art. 36 forutsetter at tjenesteyteren og tjenestemottakeren er etablert i to forskjellige stater for at reglene om fri flyt av tjenester skal komme til anvendelse, jf formuleringen ”*etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.*” Dette er imidlertid ikke et absolutt krav. Det fremgår for eksempel av EØS-avtalens art. 37 tredje ledd at en tjenesteyter skal kunne yte tjenester i en annen stat enn hvor han er etablert⁷⁷, på samme vilkår som vertsstatens egne tjenesteytere. EF-domstolens praksis viser også at hvor tjenesteytelsen etter sin art er grenseoverskridende vil den kunne reguleres av art 36 og 37 selv om tjenesteyter og mottaker er etablert i samme stat.⁷⁸

EØS-avtalen art. 36 skiller ikke mellom kvantitative restriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning, slik art. 11 gjør. Vurderingene har imidlertid mye til felles. Det avgjørende vil være om formkravet er et hinder for fri flyt av tjenester.

4.4.3.2 Säger

Utgangspunktet for hva som utgjør en restriksjon på fri flyt av tjenester finner vi i *Säger*. Her uttaler EF- domstolen at artikkel 49 (tilsvarer EØS art. 36)

“...requires not only the elimination of all discrimination against a person providing services on the grounds of his nationality, but also the abolition of any restriction, even if it applies without distinction to national providers of services and to those of other Member States, when it is liable to prohibit or otherwise impede the activities of a provider of

⁷⁷ Tjenesteyters opphold må være ifølge EØS art. 37 tredje ledd være ”*midlertidig*”. Dette er en avgrensning mot fri etableringsrett, se *Arnesen og Graver* (2000) s. 125

⁷⁸ For en grundigere innføring, se *EØS-RETT* (2004) s. 436, med videre henvisninger til praksis fra EF-domstolen

*services established in another Member State where he lawfully provides similar services”.*⁷⁹

Uttalelsen i *Säger* og den påfølgende praksis har mye til felles med *Dassonville*. Forskjellen fra *Dassonville* er at det i *Säger* tilsynelatende er uten betydning om restriksjonene rammer utlendinger på samme vis som nasjonale tjenesteytere. Bull oppsummerer *Säger* slik:

*”I det hele er det mulig å inkludere i formuleringen fra Säger alle nasjonale ordninger som innebærer økte omkostninger i forhold til det som ville ha vært tilfellet om det ikke hadde vært for den anstøtelige vertsstatsregelen.”*⁸⁰.

Ifølge *Säger* ser det også ut til at den aktuelle ytelse må være lovlig i eksportstaten, jf *”lawfully provides similar services”*. Det er imidlertid uenighet i juridisk teori hvorvidt dette er et generelt krav.⁸¹ Jeg vil ikke gå nærmere inn på denne problemstillingen.

Etter min mening er ikke formkravet en restriksjon på *tjenesten telefonmarkedsføring*, og heller ikke en restriksjon på telefonmarkedsførernes *adgang* til Norge. Dette kommer av at tiltaket ikke regulerer utøvelsen av selve telefonmarkedsføringen, men avtaleslutningen av *underliggende* tjenester (og varer) markedsført per telefon. Spørsmålet blir dermed om formkravet innebærer en restriksjon for tjenester som markedsføres *via* telefonmarkedsføring.

Før den konkrete vurderingen foretas må problemstillingen nyanseres. Kravet til et grenseoverskridende element tilsier at hvor den underliggende tjenesten leveres av tjenesteytere etablert i Norge, vil ikke EØS-avtalens art. 36 og 37 være aktuelle. Det kan imidlertid tenkes at utenlandske telefonmarkedsførere markedsfører tjenester som leveres

⁷⁹ ECR 1991 s. I-4221, premiss 12

⁸⁰ Bull, Henrik (2002) s. 474

⁸¹ Se for eksempel Bull, Henrik - Valgfagsdisposisjon Europarett valgfag Vår 06 pkt. 39.6-39.8

av utenlandsketablerte tjenesteytere. Tjenesten kan da for det første være grenseoverskridende etter sin art. Dette kan illustreres ved at telefonmarkedsførere fra Sverige selger svenske telefontjenester til norske forbrukere, eksempelvis telefonabonnement. Telefonmarkedsførerne vil ha fri adgang til de norske forbrukerne, men formkravet kan være en restriksjon i forhold til telefonabonnementet. Dette da abonnementet ikke er solgt i Norge før man har fått skriftlig bekreftelse på avtalen inngått via telefon. Det avgjørende vil dermed bli om formkravet er en restriksjon på adgangen til å yte de underliggende tjenestene over landegrensene etter EØS-avtalens art. 36.

For det andre kan det tenkes at den underliggende tjenesten ikke er grenseoverskridende etter sin art, men at den skal utføres i Norge av tjenesteytere fra utlandet. Dette kan illustreres ved at polske telefonmarkedsførere selger håndverkertjenester utført av polakker i Norge. Det må først vurderes hvorvidt disse har fri adgang til landet etter EØS-avtalens art. 36. Hvor de har fri adgang vil det avgjørende bli om de likebehandles med norske håndverkere, jf art. 37 tredje ledd.

Det er klart at formkravet gjør salget av tjenester per telefon vanskeligere, da avtalene må bekreftes skriftlig. Dette medfører et visst merarbeid ved salget. Tiltaket vil dermed utgjøre en restriksjon etter *Säger* hvor tjenesten er grenseoverskridende etter sin art.

Det samme kan sies hvor tjenesteyteren begir seg til Norge for å yte tjenesten her. Salget av tjenesten han skal utføre vil bli vanskeliggjort ved et krav om skriftlig bekreftelse. Dette vil være en restriksjon etter *Säger*.

Hvis *Säger* legges til grunn vil et formkrav dermed rammes av EØS-avtalen art. 36. Det er da naturlig å stille spørsmålet om man kan anvende *Keck*-doktrinen også på tjenesteområdet, og om formkravet på dette grunnlag kan gå klar av art. 36.

4.4.3.3 Keck?

EF-domstolen har aldri prinsipielt tatt standpunkt til *Keck* på tjenesteområdet. Den har imidlertid heller ikke uttalt at *Keck*-doktrinen *ikke* kan anvendes også utenfor vareområdet, den har bare avvist slike argumenter i de konkrete sakene hvor dette har vært tema.⁸²

Bull ser ut til å være av den oppfatning at *Keck*-doktrinen i prinsippet kan anvendes også på tjenesteområdet, og mener at årsaken til at doktrinen har blitt avvist i de konkrete tilfellene skyldes tjenestenes grenseoverskridende karakter. Varer vil ofte først importeres, for så og selges videre innad i landet. Hvor nasjonale regler da ikke hindrer importen, men bare regulerer omsetningen av varer *innad* i landet, vil *Keck*-doktrinen være anvendelig. Tjenester vil derimot sjelden gå gjennom flere ledd. Det er typisk for tjenester at de ytes *direkte* overfor tjenestemottakere i et annet land. Nasjonale regler som regulerer tjenester vil derfor normalt hindre deres *adgang* til landet, og *Keck* vil dermed være uaktuell.⁸³ Etter min mening er dette fornuftige resonnementer.

Bull gir også uttrykk for at EF-domstolen kan se ut til å befinne seg på et "pre-Keck" stadium hva angår tjenester. Med dette menes at EF-domstolen slår ned på ordninger som diskriminerer utenlandske tjenester, men at den ennå ikke har formulert noen retningslinjer for hvilke ordninger dette er. Bull mener at det kan tenkes at EF-domstolen også her vil dra et skille mellom ordninger som regulerer markedsadgangen og ordninger som regulerer omsetningen innad i landet.⁸⁴ I *EØS-RETT (2004)* nevnes også muligheten for en slik grensedragning.⁸⁵

⁸² Se for eksempel ECR 1995 s. I-1141

⁸³ Se Bull, Henrik (2002) s. 477-487.

⁸⁴ Se Bull, Henrik – Valgfagsdisposisjon Europarett valgfag Vår 06 pkt. 39.13, med videre henvisninger til praksis fra EF-domstolen.

⁸⁵ Se *EØS-RETT (2004)* s. 445-448. Se også Arnesen, og Graver (2000) s. 134-135, med videre henvisninger til generaladvokat Gulmanns Forslag til avgjørelse i ECR 1994 s. I-1039, fremsatt den 16. desember 1993.

Jeg velger derfor å legge *Keck*-prinsippene til grunn for de videre drøftelser av EØS-avtalens art. 36. Spørsmålet blir da som for varer: hvorvidt formkravet er en regulering av bestemte former for salg, og således går klar av restriksjonsforbudet.

Hvor tjenesten etter sin art er grenseoverskridende er *Keck*-doktrinen normalt ikke anvendelig, jf Bulls synspunkt ovenfor. Dette kommer av at regulering av en tjeneste som i seg selv er grenseoverskridende som regel vil være en restriksjon på dens adgang til landet. *Alpine Investments*⁸⁶ illustrerer problemstillingen. Her var det spørsmål om en nederlandsk samtykkeordning for telefonmarkedsføring utgjorde en restriksjon på fri flyt av tjenester. Det var nokså utvilsomt at ordningen var en regulering av bestemte former for salg, og den utgjorde heller ikke noe absolutt hinder for telefonmarkedsførerne. EF-domstolen lar likevel ikke *Keck* få anvendelse, begrunnet i at samtykkeordningen

*“...directly affects access to the market in services in the other Member States and is thus capable of hindering intra-Community trade in services.”*⁸⁷

I *Alpine Investments* var det imidlertid snakk om et tiltak som regulerte *selve tjenesten*. Formkravet regulerer ikke telefonmarkedsføringstjenesten, ei heller de underliggende tjenestene *i seg selv*, det regulerer *avtaleslutningen*. Selv om tjenesten da etter sin art er grenseoverskridende vil ikke formkravet hindre tjenestens *markedsadgang*, det vil bare regulere omsetningen av tjenester i Norge. Formkravet sier *hvordan* tjenesten skal selges, ikke *om* den kan selges.

Et formkrav vil således være en regulering av bestemte former for salg etter *Keck*, og vil ikke være en restriksjon etter EØS art. 36 såfremt de innen- og utenlandske tjenestene rettslig og faktisk likebehandles.

⁸⁶ ECR 1995 s. I-1141

⁸⁷ ECR 1995 s. I-1141 premiss 38

Den rettslige likebehandlingen er utvilsom, da alle avtaler om salg av tjenester per telefon til fysiske personer må bekreftes skriftlig. Etter min mening har formkravet heller ikke faktiske skjevvirknninger i forhold til utenlandske tjenester. Uansett om man selger et svensk eller norsk telefonabonnement vil de faktiske konsekvensene av formkravet bli de samme, avtalen må bekreftes skriftlig. Tiltaket vil nok kunne medføre økte utgifter i forbindelse med avtaleslutningen, men jeg kan ikke se at utgiftene vil bli større ved salg av utenlandske tjenester. Dette særlig da den skriftlige bekreftelsen skal kunne skje elektronisk. Formkravet vil dermed gå klar av EØS art. 36 hvor tjenesten etter sin art er grenseoverskridende.

Jeg kan ikke se at utfallet blir annerledes hvor tjenesteyteren har begitt seg til Norge for å yte tjenesten her. Formkravet vil ikke regulere deres adgang til landet, bare avtaleinngåelsen av tjenesten som skal ytes. Dette vil være regulering av bestemte former for salg. Det er vel heller ingen tvil om at formkravet likebehandler innen- og utenlandske tjenesteytere, jf *Keck* og EØS-avtalens art. 37 tredje ledd. Formkravet har ingen innvirkning på hvordan de underliggende tjenester utføres i Norge. Formkravet vil således gå klar av EØS-avtalens art. 36 og 37 også hvor tjenesteyteren begir seg til Norge for å yte tjenesten her.

Jeg vil imidlertid understreke at rettstilstanden på dette området må anses som uavklart, da EF-domstolen aldri prinsipielt har tatt stilling til *Keck*-doktrinenes anvendelse på fri flyt av tjenester.

4.5 Krav til spesialnumre

4.5.1 Forholdet til sekundærlovgivningen

Tanken er at det ved telefonmarkedsføring skal anvendes spesialnumre som er lett gjenkjennelige. Noen telefoner vil også kunne programmeres til å avspille en bestemt lyd

ved slike anrop. På denne måten kan forbrukerne identifisere telefonselgerne, og videre selv velge om de vil svare på anropene eller ikke.⁸⁸

Et krav til spesialnumre vil, i motsetning til formkravet, regulere telefonmarkedsførernes muligheter til å kontakte forbrukerne. Hele poenget med ordningen er at forbrukerne skal kunne avvise anrop fra telefonmarkedsførere. Tiltaket vil dermed reguleres av kommunikasjonsdirektivets art. 13 nr. 3 om uanmodet kommunikasjon ved telefonmarkedsføring. Et krav til spesialnumre vil imidlertid ikke oppfylle direktivets minstekrav om en reservasjons- eller samtykkeordning. Som et enkeltstående alternativ til dagens reservasjonsordning vil ordningen således stride mot kommunikasjonsdirektivet art. 13 nr. 3.

Kommunikasjonsdirektivet art. 13 nr. 3 angir imidlertid bare et minimumskrav. Direktivet er dermed ingen skranke for at man angir et strengere beskyttelsesnivå. Dermed kan et krav til spesialnumre kombineres med en av de pålagte ordningene, og således fungere som en tilleggssordning. Direktivet angir ikke *hva* som kan tillates av nasjonal regulering utover reservasjons- og samtykkeordningen. Dette må således vurderes opp imot restriksjonsforbudene i EØS-avtalens hoveddel, på samme vis som formkravet.

4.5.2 Forholdet til EØS-avtalen art. 11

4.5.2.1 Problemstilling

Et krav til spesialnumre vil ikke være noen kvantitativ importrestriksjon etter EØS-avtalens art. 11. Tiltaket er ikke opprinnelsesbestemt, og innebærer ingen åpenbare begrensninger for import av varer til Norge. Spørsmålet blir dermed hvorvidt kravet til spesialnumre utgjør et tiltak med tilsvarende virkning.

⁸⁸ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 109

4.5.2.2 Dassonville

Et krav til spesialnumre rammes klart nok av *Dassonville*. Et slikt tiltak vil innebære at alt salg av varer per telefon til fysiske personer i Norge må skje via ett eller flere spesialnumre. Dette kan utvilsomt påvirke omsetningen av utenlandske varer i Norge. Dermed vil det bli avgjørende om tiltaket regulerer bestemte former for salg jf *Keck*, og således går klar av EØS-avtalen art. 11.

4.5.2.3 Keck

Et krav til spesialnumre regulerer ikke *om* en vare kan selges i Norge, men *hvordan* den kan selges. Tiltaket vil dermed ikke hindre utenlandske varers adgang til landet, og ikke stille krav til selve varene. Et krav til spesialnumre må derfor anses som regulering av bestemte former for salg jf *Keck*. Det kan dras paralleller til EF-domstolens uttalelser i Morsmelkerstatningsdommen.⁸⁹ Her ble regulering av hvilke omsetningskanaler som kunne anvendes ikke ansett for å være en importrestriksjon. Spørsmålet blir så om utenlandske varer blir behandlet på samme måte som norske, rettslig og faktisk.

Kravet til spesialnumre gjelder for alle varer solgt per telefon til fysiske personer. Det er dermed ingen tvil om at tiltaket rettslig likebehandler innen- og utenlandske varer. Etter min mening er det heller ikke tvil om at det er faktisk likebehandling. Salg av utenlandske varer per telefon må skje via norske spesialnumre. Dette kravet stilles imidlertid også til salget av norske varer per telefon. Det har dermed ingen betydning hvor varen kommer fra. Kravet til spesialnumre påfører heller ikke utenlandske varer tilleggskostnader i forhold til de nasjonale varene, jf *Sass*. Det er ikke grunn til å tro at kostnadene ved å anskaffe og operere et spesialnummer vil være større ved salg av utenlandske varer fra utlandet enn hva de vil være ved salg av norske varer i Norge. Ordningen må dermed sies å likebehandle innen- og utenlandske varer, både rettslig og faktisk.

Et krav til spesialnumre vil etter dette ikke rammes av EØS-avtalens art. 11.

⁸⁹ ECR 1995 s. I-1621

4.5.3 Forholdet til EØS-avtalen art. 36 og 37

4.5.3.1 Problemstilling

Spørsmålet er hvorvidt kravet til spesialnumre er en restriksjon på den frie flyt av tjenester og tjenesteytere etter EØS-avtalens art. 36 og 37.

4.5.3.2 Säger

Formkravet er ikke en restriksjon på tjenesten telefonmarkedsføring. Et krav til spesialnumre er imidlertid en helt annen måte å regulere telefonmarkedsføring på. For at en utenlandsk telefonmarkedsfører lovlig skal kunne markedsføre sine tjenester i Norge må tjenesten formidles via et norsk spesialnummer. Dette gjelder uansett om tjenesten er grenseoverskridende etter sin art eller om telefonmarkedsføreren oppholder seg midlertidig i Norge, jf EØS-avtalen art. 37 andre ledd. Et slikt tiltak vil være en restriksjon på utenlandske telefonmarkedsføreres adgang til norske mottakere, og rammes klart av *Säger*.

4.5.3.3 Keck?

Et krav til spesialnumre vil være en regulering av selve *tjenesten telefonmarkedsføring*, noe som utelukker *Keck*. EF-domstolens avgjørelse i *De Agostini* er illustrerende. Her ble visse regler ansett for å være en restriksjon i forhold til fri flyt av tjenester, mens de samme reglene ikke utgjorde en restriksjon på fri flyt av varer. I forhold til varereglene uttales at

*”legislation which prohibits television advertising in a particular sector concerns selling arrangements for products belonging to that sector in that it prohibits a particular form of promotion of a particular method of marketing products.”*⁹⁰

Dette forbudet ble dermed ikke ansett for å være et hinder for varenes markedsadgang, men en regulering av bestemte former for salg. EF-domstolen vurderte således reglenes innvirkning på fri flyt av varer etter *Keck*. *Keck*-doktrinen ble imidlertid ikke nevnt i forhold til tjenestereglene. Domstolen konkluderer kort med at bestemmelser som

⁹⁰ ECR 1997 s. I-3843 premiss 39

“...restrict the possibility for television broadcasters established in the broadcasting State to broadcast, for advertisers established in the receiving State, television advertising specifically directed at the public in the receiving State, involve a restriction on freedom to provide services.”⁹¹

Forskjellen ligger i at markedsføringsforbudet det her var snakk om regulerte *omsetningen* i forhold til varer, mens det regulerte selve markedsføringstjenesten i forhold til tjenestereglene. Forbudet i *De Agostini* stilte dermed i realiteten et slags produktkrav til tjenesteytelsen, noe som utelukker *Keck*.⁹²

Et krav til spesialnumre er dermed en restriksjon på den frie flyt av tjenester etter EØS-avtalens art 36 og 37. Det kan imidlertid tenkes at tiltaket likevel kan opprettholdes på grunn av allmenne hensyn.

4.6 Hvorvidt et krav til spesialnumre kan opprettholdes på grunn av allmenne hensyn

4.6.1 Utgangspunkt

EF- og EFTA-domstolen har konsekvent lagt til grunn at alle unntak fra restriksjonsforbudene skal tolkes snevert. Dette da hovedregelen er at varer og tjenester skal flyte fritt. Dette fremgår blant annet av EFTA-domstolens uttalelser i *Nille*.⁹³

4.6.2 Unntak etter EØS-avtalen

Etter EØS-avtalen art. 39 jf 33 kan restriktive tiltak etter EØS art. 36 og 37 bare unntas hvor de er begrunnet i hensynene til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen. Det er forbrukerhensyn som ligger bak et krav til spesialnumre. Dette er selve formålet med

⁹¹ ECR 1997 s. I-3843 premiss 50

⁹² For en grundigere drøftelse av *De Agostini*, se *Bull, Henrik* (2000) s. 486

⁹³ E-5/96 premiss 33

lovendringen.⁹⁴ Et krav til spesialnumre kan dermed ikke unntas etter EØS-avtalens art. 39 jf 33. Spørsmålet blir dermed om tiltaket kan unntas etter den EF-domstolsskapte unntakslæren.

4.6.3 Domstolsskapte unntak

4.6.3.1 Introduksjon

EF-domstolen har dratt et skille mellom ”åpen” og ”skjult” diskriminering, også benevnt som ”direkte” eller ”indirekte” diskriminering. I dette ligger at ordninger som etter sin egen ordlyd lar opprinnelse være avgjørende for om de kommer til anvendelse, og som medfører en tyngre situasjon for varer og tjenester fra utlandet, bare kan begrunnes i de allmenne hensyn som uttrykkelig er nevnt i EF-traktatens eller EØS-avtalens unntaksbestemmelser. Ordninger som derimot ikke bruker opprinnelse eller nasjonalitet som kriterium, men som likevel fører til at utenlandske varer/tjenester stilles dårligere enn nasjonale, kan begrunnes også av andre allmenne hensyn. Denne læren ble fastslått av EF-domstolen i *Cassis de Dijon*⁹⁵, og fremgår blant annet av *Säger* på tjenesteområdet.

Etter min mening er det klart at et krav til spesialnumre er opprinnelsesnøytralt. Det er heller ikke tvilsomt at forbrukervern er et hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på fri flyt, dette slås uttrykkelig fast av EF-domstolen i *De Agostini*.⁹⁶ Et krav til spesialnumre kan dermed tenkes unntas etter den domstolsskapte unntakslæren. Hvorvidt det faktisk kan unntas vil bero på en proporsjonalitetsvurdering.

4.6.3.2 Proporsjonalitetsprinsippet

4.6.3.2.1 Introduksjon

⁹⁴ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 99

⁹⁵ ECR 1979 s. 649

⁹⁶ ECR 1997 s. I-3843 premiss 46

Dette er et generelt EU/EØS-rettslig prinsipp om at det skal være forholdsmessighet mellom de mål man ønsker å oppnå og de midler som anvendes ved realiseringen⁹⁷. Spørsmålet blir dermed om et krav til spesialnumre er proporsjonalt.

Prinsippet inneholder to vurderingsmomenter. Disse blir av Bull kalt proporsjonalitetsprinsippet ”prinsipielle og funksjonelle side”⁹⁸. Bull definerer den prinsipielle siden som overprøving av hvilket beskyttelsesnivå som er ønskelig, og den funksjonelle som overprøving av beskyttelsesmåten. Den prinsipielle siden blir i utgangspunktet ikke overprøvd. Den funksjonelle siden prøves derimot grundig. Viser det seg at et annet, mindre inngripende alternativ gir samme gevinst, vil ikke tiltaket være proporsjonalt.

Inn under proporsjonalitetsprinsippet hører også spørsmålet om det aktuelle tiltak er egnet til å ivareta det angitte hensyn, her forbrukervern. Det er i praksis sjelden spørsmål om et tiltak er egnet eller ikke.⁹⁹ Etter min mening er det ikke tvil om at et krav til spesialnumre er egnet til å ivareta henynet til forbrukervern. Det kan imidlertid spørres *i hvilken grad* tiltaket er egnet til dette.

4.6.3.2.2 Prøving av beskyttelsesnivået

Spørsmålet er her om et krav til spesialnumre innebærer at det nasjonale beskyttelsesnivået blir lagt for høyt. Som nevnt er utgangspunktet at EF-domstolen ikke prøver statenes beskyttelsesnivå. Dette kommer av at beskyttelsesnivået er en utpreget politisk beslutning som har nær sammenheng med statenes suverenitet.¹⁰⁰ Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. EF-domstolen har for eksempel skåret gjennom ved overbeskyttende tiltak,

⁹⁷ For en grundigere innføring, se *EØS-RETT (2004)* s. 268. Se også EF-domstolens definisjon av proporsjonalitetsprinsippet i ECR 2000 s. I-10663 premiss 27

⁹⁸ For en grundigere innføring, se *Bull, Henrik (2002)* s. 598-624

⁹⁹ For en grundigere innføring i unntaksreglene, se *EØS-RETT (2004)* s. 311-322

¹⁰⁰ For en grundigere innføring, se *Bull, Henrik (2002)* s. 598-599

jf *Kommisjonen mot Danmark*¹⁰¹. Her var det for liten miljømessig gevinst i forhold til tiltakets restriktive virkninger på fri flyt av varer.

Når det gjelder forbrukervernhensyn har EF-domstolen, noe atypisk, ved flere anledninger prøvd statenes beskyttelsesnivå grundig. På denne bakgrunn finner jeg det nødvendig å gå nærmere inn på dette vilkåret.

Beskyttelsesnivået ved forbrukervernhensyn ble vurdert i blant annet *Buet*¹⁰² og *Pall*. I *Pall* var spørsmålet om forbud mot villedende reklame kunne begrunnes i forbrukervernhensyn. Til dette svarte domstolen negativt, blant annet med følgende begrunnelse:

*”... such a risk cannot justify so considerable an obstacle to the free movement of goods, since consumers are more interested in the qualities of a product than in the place of registration of the trade mark .”*¹⁰³

Jeg kan imidlertid ikke se at EF-domstolen sier noe generelt om *når* beskyttelsesnivået anses for å være for høyt, denne vurderingen er utpreget konkret. Vurderingstemaet blir således om et krav til spesialnumre har en effekt på forbrukervernet som kan forsvare den handelshindringen dette medfører. Dette viser forøvrig at vurderingen av beskyttelsesnivå og beskyttelsesmåte flyter over i hverandre.

Det kan være et naturlig utgangspunkt å se hen til beskyttelsesnivået som er lagt til grunn i sekundærlovgivningen. Som et tillegg til en reservasjons- eller samtykkeordning vil kravet medføre et høyere vern enn hva kommunikasjonsdirektivet art. 13 nr. 3 angir. Som nevnt er dette imidlertid kun et minimumskrav, noe som taler for at strengere nasjonale ordninger

¹⁰¹ ECR 1988 s. 4607

¹⁰² ECR 1989 s. 1235 premiss 15

¹⁰³ ECR 1990 s. I-4827 premiss 19

kan aksepteres¹⁰⁴. Kommunikationsdirektivet kan således ikke sies å være noe hinder for at statens beskyttelsesnivå legges på et høyere nivå.

EF-domstolen har også stilt krav til et konsekvent beskyttelsesnivå. Dette fremgår blant annet av *Centros*¹⁰⁵. Dette innebærer at hvor staten klarer seg med et lavere beskyttelsesnivå i forhold til samme problemstilling på et sammenlignbart område, kan den ikke operere med et høyere beskyttelsesnivå når dette medfører en restriksjon på fri flyt.¹⁰⁶ Det kan nok hevdes at et krav til spesialnumre som en tilleggsordning til en reservasjons- eller samtykkeordning vil fremstå som inkonsekvent. Dette kommer av at den norske reguleringen av automatisk telefonmarkedsføring, e-post og så videre legger til grunn et samtykkekrav. Man kan da se kravet til spesialnumre som en restriksjon på telefonmarkedsføring som ikke anses nødvendig på tilstøtende områder. Etter min mening kan imidlertid ikke dette være avgjørende. Hvis staten kan gi en god begrunnelse for hvorfor telefonmarkedsføring skal ha et høyere beskyttelsesnivå enn lignende markedsføringsteknikker, må dette godtas. Det kan for så vidt også utledes av kommunikasjonsdirektivets art. 13 nr. 3, sett i sammenheng med fortalens punkt 42, at reguleringen av telefonmarkedsføring kan avvike fra samtykkeordningen som er minstekravet for de øvrige elektroniske markedsføringsformene. Fortalen punkt 42 sier at telefonmarkedsføring

*”kan berettige opprettholdelsen av en ordning som gir abonnenter eller brukere mulighet til å angi at de ikke ønsker å motta slike anrop.”*¹⁰⁷

Vi er således tilbake til utgangspunktet: hvorvidt et krav til spesialnumre har en effekt på forbrukervernet som kan forsvare den handelshindringen dette medfører.

¹⁰⁴ Se *Bull, Henrik* (2002) s. 616

¹⁰⁵ ECR 1999 s. I-1459

¹⁰⁶ For en grundigere innføring, se *Bull, Henrik* (2000) s. 603-606

Et krav til spesialnumre resulterer i at forbrukerne ser hvem som ringer, i tillegg til at de har krav på å reservere seg eller er vernet av en samtykkeordning. En slik ordning kan etter min mening ha noe for seg. Med en reservasjons- eller samtykkeordning står forbrukerne i realiteten overfor et valg som er sort/hvitt. Enten skjermes de totalt fra telefonmarkedsførere, eller så står de helt uten vern. Hvis da telefonmarkedsførerne plikter å anvende spesialnumre vil forbrukernes valg kunne bli noe mer nyansert. Valget fremstår riktignok fortsatt som ”enten/eller”, men forbrukerne vil nå ikke stå helt uten beskyttelse hvis de velger å ikke reservere seg eller velger å samtykke til telefonmarkedsføring. Kravet til spesialnumre vil da fungere som et slags minimumsvern for alle forbrukere.

Et krav til spesialnumre vil ikke nødvendigvis medføre noen stor handelshindring. Det fremgår av EF-domstolens praksis at prøvingen av beskyttelsesnivået er strengere jo større handelshindrende effekt et tiltak har.¹⁰⁸ For det første kan det anføres at det å måtte anskaffe seg et spesialnummer i seg selv ikke vil være noen stor handelshindring. Dette kommer imidlertid an på hvordan ordningen eventuelt gjennomføres i praksis, noe som ikke fremgår av lovforslaget. For det andre kan et krav til spesialnumre medføre at flere forbrukere velger å ikke reservere seg, eller har færre betenkeligheter med å samtykke, på grunn av at de uansett vil kunne avvise telefonmarkedsførere ved å identifisere telefonnummeret. Dette medfører at telefonmarkedsførerne faktisk kan komme i kontakt med flere potensielle kunder enn om et slikt krav ikke foreligger. Når tiltaket således kan sies å ha en positiv virkning på forbrukervernet, og ikke utgjør noen stor handelshindring, taler dette for at det ikke er overbeskyttende.

Med utgangspunkt i statenes frihet til å bestemme beskyttelsesnivået, og på grunnlag av drøftelsene ovenfor, er jeg av den oppfatning at et krav til spesialnumre som tilleggsordning til en reservasjons- eller samtykkeordning må aksepteres.

4.6.3.2.3 Prøving av beskyttelsesmåten

¹⁰⁸ ECR 1992 s. I-6635, premiss 15

Spørsmålet blir således om beskyttelsesmåten skal overprøves, eller om den nasjonale ordningen anses nødvendig for å oppnå det uttalte formål. Denne vurderingen flyter som sagt over i vurderingen av om beskyttelsesnivået er akseptabelt. Utgangspunktet for prøvingen av beskyttelsesmåten er imidlertid en litt annen: kan staten oppnå samme forbrukervern med mindre inngripende tiltak? Dette fremgår blant annet av *Kommisjonen mot Nederland*¹⁰⁹.

Så vidt jeg kan skjønne, må man først identifisere det konkrete formålet med tiltaket. Hvis formålet er å bedre forbrukervernet generelt kan mange andre løsninger være aktuelle. For eksempel kan et formkrav, som ser ut til å innebære en mindre restriktiv effekt, kunne tenkes å bedre det generelle forbrukervernet i samme utstrekning som et krav til spesialnumre.

Barne- og likestillingsdepartementet uttaler imidlertid at formålet med et krav til spesialnumre er å kunne ”forebygge at markedsføringshenvendelsen kommer overrumpende på folk.”¹¹⁰ Dermed begrenses de alternative tiltakene. For eksempel vil ikke et formkrav kunne anvendes for å hindre at telefonmarkedsførerne kommer i kontakt med forbrukerne. I og med at telefonmarkedsføring ikke er synlig av natur, tjenesten er elektronisk, har jeg problemer med å se for meg andre alternativer som kan forebygge at henvendelsen kommer overraskende på forbrukerne. EF-domstolen har ved flere anledninger underkjent tiltak som begrenser salget av varer som uproporsjonale på grunn av at en tilsvarende effekt kunne oppnås ved å merke emballasjen.¹¹¹ Dette argumentet kan ikke gjøres gjeldende her. Det kunne ha vært et alternativ å begrense telefonsalget til visse tidsrom, men dette vil ikke gi forbrukerne samme vern. Telefonmarkedsførerne kan jo da likevel komme overrumpende på, i og med at man ikke ser hvem som ringer.

¹⁰⁹ ECR 1991 s. I-4069, premiss 19

¹¹⁰ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 109

¹¹¹ Se for eksempel ECR 1982 s. 3961

Etter min mening må derfor et krav til spesialnumre anses nødvendig for å oppnå det uttalte formål.

4.6.3.2.4 Konklusjon

Et krav til spesialnumre vil etter dette være proporsjonalt, og kan således opprettholdes med grunnlag i hensynet til forbrukervern.

5 SAMMENFATNING – VALG AV ALTERNATIVER

5.1 De EØS-rettslige skrankenes betydning for valget av alternativer

Som nevnt innledningsvis er Stortingets lovgivningskompetanse suveren. Det er likevel grunn til å tro at staten ønsker å oppfylle sine forpliktelser etter EØS-avtalen, og dermed tar hensyn til EØS-retten ved ny lovgivning.

Et krav til forhåndssamtykke eller en reservasjonsordning er uttrykkelig påbudt for telefonmarkedsføring, jf kommunikasjonsdirektivets art. 13 nr. 3. En samtykkeordning kan dermed uten videre erstatte dagens reservasjonsordning. En utbedring av dagens reservasjonsordning vil også samsvare med direktivet. Det vil antagelig også være uproblematisk med en samtykkeordning med unntak for visse virksomheter, såfremt de unntatte virksomhetene er underlagt en reservasjonsordning.

Et formkrav og et krav til spesialnumre kan ikke *erstatte* dagens reservasjonsordning. Disse alene vil falle utenfor, eller ikke oppfylle, minstekravet i kommunikasjonsdirektivets art. 13 nr. 3. Trolig kan imidlertid begge disse tiltakene anvendes i en kombinasjon med en reservasjons- eller samtykkeordning. Dette da formkravet går klar av restriksjonsforbudene i EØS-avtalens hoveddel, og kravet til spesialnumre kan opprettholdes til tross for at det rammes av restriksjonsforbudene for fri flyt av tjenester.

Dermed vil alle de foreslåtte alternativene, riktignok med visse forutsetninger, være i overensstemmelse med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

5.2 Alternativenes hensiktsmessighet

5.2.1 Innledning

Når man står overfor flere mulige reguleringsalternativer er det spørsmål om hvilket alternativ som er best egnet til å oppnå det ønskede formål. I dette tilfellet en bedring av forbrukervernet ved telefonmarkedsføring. Det vil imidlertid også måtte vurderes hvilke innvirkninger de enkelte alternativene har på andre områder. Det må særlig vurderes hvilke

virksomheter som er avhengig av denne. Hvis et av alternativene for eksempel gir et minimalt dårligere forbrukervern enn et annet, men medfører et mindre inngrep i telefonmarkedsføringen, kan det tenkes at dette vil være den beste løsningen etter en helhetsvurdering.

Det faller her naturlig å drøfte alternativene i en annen rekkefølge enn hva jeg gjorde i kapittel 4.

5.2.2 Vurdering

5.2.2.1 Krav til forhåndssamtykke med visse unntak

Så vidt jeg kan se er ingen av høringsinstansene¹¹² positive til en samtykkeordning med unntak for visse bransjer. Hvor dette alternativet bemerkes, er hovedsynspunktene at en slik ordning vil føre til et svært uoversiktlig system.¹¹³ Det kan for eksempel være vanskelig å avgjøre hvorvidt en virksomhet faller inn under den ene eller andre bransjen, og dermed også fare for misbruk av regelverket.

Reglenes forutberegnelighet er av stor betydning, både i forhold til praktisk innrettelse og som et preventivt element. Et samtykkekrav med visse unntak vil ikke bare medføre en uoversiktlig situasjon for markedsførerne, men også for forbrukerne. Dette gjør seg særlig gjeldende med tanke på at en samtykkeordning med visse unntak ikke kan stå på egne føtter. For å være i samsvar med minstekravet i kommunikasjonsdirektivets art. 13. nr 3 må forbrukerne kunne reservere seg overfor de virksomheter som er unntatt samtykkekravet, såfremt disse driver markedsføring. En slik ordning vil etter min mening være unødvendig forvirrende og uoversiktlig, og også vanskelig å gjennomføre i praksis. For eksempel må telefonmarkedsførerne da først forholde seg til hvorvidt de omfattes av unntakene til samtykkekravet, for så å forholde seg til et reservasjonsregister. Forbrukerne vil fort kunne

¹¹² Høringsuttalelsene ble/blir lagt ut fortløpende etter hvert som Barne- og likestillingsdepartementet mottok dem. Høringsfristen var 1. november. Jeg har tatt for meg høringsuttalelsene som forelå 15. november 2006.

¹¹³ Se for eksempel Nordmas høringsuttalelse s. 5

bli forvirret av at man som utgangspunkt er skjermet av en samtykkeordning, men at man likevel må reservere seg mot virksomheter som er unntatt fra dette.

Jeg deler derfor oppfatningen av at en reservasjonsordning med unntak for visse bransjer ikke er å anbefale.

5.2.2.2 Krav til spesialnumre

Det ser ut til at kun Post- og teletilsynet tar stilling til kravet til spesialnumre. De er ikke positive til alternativet. For det første er det en nokså omfattende jobb å innarbeide en ny nummerserie i systemet. For det andre er de usikre på om spesialnumre i det hele tatt er egnet til å advare forbrukerne om hvem som ringer, eller om et økt nummERMangfold bare vil føre til forvirring.¹¹⁴

Etter min mening vil eksempelvis en offentlig kampanje raskt kunne gjøre forbrukerne oppmerksomme på spesialnumrene for telefonmarkedsføring, slik at tiltaket ikke nødvendigvis bare vil medføre økt forvirring. Det må selvfølgelig tas hensyn til at spesialnumre er et tiltak som krever en betydelig arbeidsinnsats å gjennomføre. Dette er imidlertid kun et moment i vurderingen. Hvis tiltaket har en viss forbrukergevinst vil det likevel kunne være hensiktsmessig å gjennomføre. Som før nevnt, vil et krav til spesialnumre kunne medføre at forbrukernes valg mellom å reservere seg eller å samtykke til å motta telefonmarkedsføring blir mer nyansert. Tiltaket vil dermed heller ikke nødvendigvis medføre noen ekstra belastning for telefonmarkedsføringsbransjen og næringslivet som benytter seg av denne. Etter min mening bør derfor et krav til spesialnumre ikke avfeies uten videre.

5.2.2.3 Formkrav

Noen få høringsinstanser tar stilling til formkravet. Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at et slikt formkrav kan erstatte eller kombineres med en reservasjonsordning.¹¹⁵

¹¹⁴ Post- og teletilsynets høringsuttalelse s. 1-2

¹¹⁵ Samferdselsdepartementets høringsuttalelse s. 2

Samferdselsdepartementet kommer ikke med noen nærmere begrunnelse for dette synspunktet. Justis- og politidepartementet er av en helt annen oppfatning. De mener et formkrav strider mot det alminnelige avtalerettslige prinsippet om formfrihet, og at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å fravike dette utgangspunktet. De mener også ordningen vil være overflødig, da man ved tvist uansett vil legge vekt på om avtalen kan bekreftes inngått ved et skriftlig dokument.¹¹⁶ Nordma er også negativ til formkravet, og deler Justisdepartementets synspunkt om at ordningen vil være overflødig.¹¹⁷

Etter min mening kan formkravet være egnet som en sikkerhetsventil, i den forstand at forbrukerne lettere kan sette seg inn i avtalevilkårene når disse fremstilles skriftlig. En av innvendingene mot telefonmarkedsføring er jo nettopp at forbrukerne inngår avtaler de ikke skjønner omfanget av. Det er ikke gitt at de vil forstå det fulle og hele omfang når de får vilkårene skriftlig heller, men da har de i alle fall en mulighet til å ombestemme seg hvis de føler seg villedet eller har misforstått. Dermed bør ikke formkravet avfeies som overflødig og uegnet. Et skriftlighetskrav vil også kunne gjennomføres uavhengig av medium, for eksempel ved e-post eller sms, og således ikke nødvendigvis medføre økte utgifter av betydning. Slike elektroniske utsendelser kan også i stor grad automatiseres. Jeg mener derfor at formkravet bør vurderes seriøst som en mulig tilleggsordning til en reservasjons- eller samtykkeordning.

5.2.2.4 Krav til forhåndssamtykke og utbedring av reservasjonsregisteret

De fleste høringsinstansene anbefaler en av disse ordningene i en eller annen form. Dette er som nevnt også et absolutt vilkår i kommunikasjonsdirektivet art. 13 nr. 3. Det er imidlertid uenighet om hvilken ordning som skal velges.

¹¹⁶ Justis- og politidepartementets høringsuttalelse s. 5

¹¹⁷ Nordmas høringsuttalelse s. 6

Forbrukerombudet er utelukkende positiv til en samtykkeordning, og mener at et samtykkekrav bør erstatte dagens reservasjonsordning.¹¹⁸ Av de andre høringsuttalelsene kan jeg bare se at Coop anbefaler samtykkekravet, uten å begrunne dette.¹¹⁹ Majoriteten av uttalelsene gir uttrykk for at man heller bør forbedre dagens reservasjonsregister.¹²⁰ Disse uenighetene kan nok i stor grad forklares i de forskjellige organisasjonenes ståsted. Forbrukerombudet ser problemstillingen mer eller mindre utelukkende fra forbrukernes ståsted, mens organisasjoner som Nordma og Finansnæringens Hovedorganisasjon tar utgangspunkt i lovforslagenes virkninger for telefonmarkedsføringsbransjen og innvirkningen på næringslivet for øvrig.

Det er liten tvil om at et krav til forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring vil være det forslaget som medfører høyest beskyttelsesnivå for forbrukerne. Forbrukerombudet mener at hovedproblemet med telefonmarkedsføringen er at telefonmarkedsførerne kommer i kontakt med forbrukerne, for så å anvende uønskede og ulovlige salgsmetoder. Den beste løsningen for å hindre dette vil således være et krav til forhåndssamtykke, slik at telefonmarkedsførerne i utgangspunktet ikke kan drive markedsføring per telefon til forbrukerne. Som Barne- og familiedepartementet imidlertid påpeker, vil et krav til forhåndssamtykke i realiteten kunne innebære et forbud mot telefonmarkedsføring, med alvorlige konsekvenser for bransjen.¹²¹

Nordma er den organisasjonen som drøfter konsekvensene av dette mest utførlig, og deres synspunkter er i hovedsak representative for høringsinstansene som er negative til samtykkeordningen. Nordma trekker særlig frem to uheldige konsekvenser av en samtykkeordning¹²². For det første vil ordningen føre til mange tapte arbeidsplasser i telefonmarkedsføringsbransjen. Dette vil slå negativt ut for landsbygdene, da mange

¹¹⁸ Forbrukerombudets høringsuttalelse s. 23

¹¹⁹ Coops høringsuttalelse s. 2

¹²⁰ Se for eksempel Nordmas høringsuttalelse s. 6

¹²¹ Høringsnotat - ny markedsføringslov s. 106

¹²² Nordmas høringsuttalelse s. 5

telefonmarkedsførere er etablert der. For det andre vil ordningen medføre konkurransevidning og økte kostnader. Telefonmarkedsføring er en kostnadseffektiv kanal som er nødvendig for at små selskaper skal være konkurransedyktige. Som en følge av at disse selskapene må ty til en annen og dyrere markedsføringskanal vil også forbrukerne lide, i form av dyrere varer og tjenester. Nordma er videre av den oppfatning at et forbedret reservasjonsregister vil være det klart beste alternativet, og fremhever flere ulemper ved dagens ordning som kan utbedres.¹²³

Etter min mening er argumentasjonen fra begge sider god. Viktige hensyn taler for så vel en samtykkeordning som en reservasjonsordning. På den ene siden står hensynet til forbrukerne, på den andre siden hensynet til næringslivet.

5.2.3 Avveining

Telefonmarkedsføring må utvilsomt reguleres av en samtykke- eller reservasjonsordning for å samsvare med kommunikasjonsdirektivets art. 13. nr. 3.

En samtykkeordning vil medføre et høyt beskyttelsesnivå for forbrukerne. På en annen side vil den også kunne få dramatiske følger for telefonmarkedsføringsbransjen. Hvor alle forbrukerne derimot gis en reell mulighet til å reservere seg der og hvor reservasjonene blir overholdt, vil både hensynet til forbrukerne og telefonmarkedsførerne ivaretas. Dette forutsetter imidlertid at reservasjonsordningen endres slik at den faktisk fungerer tilfredsstillende, noe den ikke kan sies å ha gjort hittil.

Jeg er derfor av den oppfatning at en utbedret reservasjonsordning vil være den mest hensiktsmessige av de to alternative obligatoriske ordningene.

Det kan så være aktuelt å anvende et formkrav eller krav til spesialnumre i tillegg til en utbedret reservasjonsordning. Skulle en tilleggsordning være ønskelig, vil formkravet etter min mening være mest hensiktsmessig. Dette fordi et krav til spesialnumre bare vil

¹²³ Nordmas høringsuttalelse s. 3-4

forsterke vernet reservasjonsordningen i seg selv gir: begge disse tiltakene verner forbrukerne fra å bli kontaktet av telefonmarkedsførere. Et formkrav vil imidlertid verne forbrukerne også når *de faktisk blir kontaktet*. Dermed vil formkravet etter min mening utfylle reservasjonsordningen på en bedre måte enn et krav til spesialnumre.

Jeg mener at det vil være lite hensiktsmessig å ha både et formkrav og et krav til spesialnumre som tilleggsordninger. Det vil da bli vel mange regler å ta hensyn til, både for telefonmarkedsførerne og forbrukerne, noe som vil gå ut over forutberegneligheten.

6 SANKSJONSAPPARATET – HÅNDHEVELSE

6.1 Innledning

Problemstillingen er her hvorvidt overtredelser av markedsføringslovens regler om telefonmarkedsføring kan sanksjoneres og håndheves. Som fremstillingen vil vise, har telefonmarkedsførernes etablerings- og tilholdssted stor betydning i denne sammenheng. Utgangspunktet er imidlertid at alle overtredelser av markedsføringsloven kan sanksjoneres og håndheves. Jeg vil derfor kort gjøre rede for markedsføringslovens generelle sanksjons- og håndhevingsregler ved overtredelser av telefonmarkedsføringsreglene, samt Barne- og likestillingsdepartementets forslag til endringer på dette området. Deretter vurderes statens faktiske sanksjons- og håndhevingskompetanse ved ulovlig telefonmarkedsføring internt i Norge og hvor telefonmarkedsføreren befinner seg i et annet land. I sistnevnte tilfelle eksisterer det spesialregler hvor overtrederen er etablert i et annet *EØS-land*. Jeg kommer nærmere tilbake til disse spesialreglene i den konkrete vurderingen.

6.2 Gjeldende norsk rett

6.2.1 Markedsføringsloven

Markedsføringsloven § 13 er utgangspunktet for håndheving av reglene om telefonmarkedsføring. Ifølge § 13 første ledd skal forbrukerombudet, ut fra hensynet til forbrukerne, føre tilsyn med at det ikke skjer markedsmissbruk i strid med en bestemmelse gitt i eller i medhold av lovens kapittel I. Kapittel I omfatter § 2 b) som regulerer telefonmarkedsføring.

Det fremgår av markedsføringsloven § 13 femte ledd at Forbrukerombudet i utgangspunktet skal forsøke å komme til enighet med de som bedriver ulovlig markedsføring, slik at ulovlighetene opphører. Hvis en frivillig ordning ikke oppnås, kan Forbrukerombudet forelegge saken for Markedsrådet til avgjørelse etter § 12. Etter § 14 kan imidlertid Forbrukerombudet treffe vedtak om forbud i de tilfeller hvor man ikke kommer til en frivillig ordning og det kan medføre ulemper eller skadevirkninger å avvente Markedsrådets vedtak.

Etter § 12 første ledd kan Markedsrådet forby handlinger som rådet finner er i strid med en bestemmelse gitt i eller i medhold av lovens kapittel I når det finner at inngrep tilsies av hensyn til forbrukerne. Et vedtak etter første ledd kan også rettes mot personer og virksomheter som medvirker til en ulovlig handling eller at et ulovlig vilkår blir brukt, jf § 12 andre ledd. Markedsrådets vedtak er et forvaltningsvedtak etter forvaltningsloven, men kan ikke påklages, jf markedsføringslovens § 12 femte ledd. Vedtaket kan imidlertid prøves for domstolene etter vanlige regler for domstolsprøving med forvaltningsvedtak.¹²⁴

Sanksjonene fremgår av markedsføringsloven §§ 16 og 17. Etter § 16 første ledd skal det i vedtak etter §§ 12 og 14 fastsettes tvangsgebyr ved markedsføring i strid med §§ 1 til 5. Tvangsgebyret vil imidlertid kun bli ilagt hvis den vedtaket er rettet mot overtrer eller medvirker til å overtre dette, jf § 16 andre ledd. Man kan således ikke bli ilagt tvangsgebyr for overtredelser av markedsføringsloven forut for vedtaket. Hvis forelegget ikke vedtas skal Forbrukerombudet etter § 16 fjerde ledd reise søksmål for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyret.

Paragraf 17 er markedsføringslovens straffebestemmelse. Etter § 17 første ledd kan forsettlig overtredelser av lovens §§ 2 til 9 (lovens kapittel I), samt vedtak fattet i medhold av loven, medføre bøter og fengsel i inntil 6 måneder eller begge deler. Medvirkning straffes på samme måte. Disse sanksjonene blir bare aktuelle dersom en strengere straffebestemmelse ikke kommer til anvendelse. Paragraf 17 andre ledd har samme ordlyd som første ledd ved uaktsomme overtredelser, men bare ved overtredelse av markedsføringslovens §§ 2, 2 a) første ledd og § 3, eller vedtak som er gjort i medhold loven. Uaktsom overtredelse av § 2 b) andre ledd er dermed ikke straffbart, men uaktsom overtredelse av et forbudsvedtak med grunnlag i denne bestemmelsen vil kunne straffes. Dette er imidlertid lite praktisk.

¹²⁴ Se *Løchen og Grimstad (2003)* s. 212

6.2.2 Personopplysningsloven

Denne avhandlingen tar for seg de foreslåtte endringer i markedsføringsloven og spørsmål tilknyttet håndhevingen av denne. Det er imidlertid viktig å påpeke at dagens reservasjonsordning for telefonmarkedsføring er regulert av personopplysningsloven § 26. Det fremgår ikke av høringsnotatet til ny markedsføringslov om en eventuell fremtidig reservasjonsordning vil reguleres i markedsføringsloven, eller om den fortsatt skal finnes i personopplysningsloven. Etter min mening vil det være mest oversiktlig om dette reguleres i markedsføringsloven, slik at alle sentrale regler som berører markedsføring er samlet i én lov. Dette synspunktet fremmes også i Datatilsynets¹²⁵ og Brønnøysundregistrenes høringsuttalelser¹²⁶. Oppgavens rammer tillater ikke noen fullstendig utredning av sanksjons- og håndhevingsapparatet i personopplysningsloven. For oversiktens del finner jeg det likevel hensiktsmessig å gjøre rede for dette i grove trekk.

Personopplysningslovens håndhevingsregler har mye til felles med dagens markedsføringslov. Etter §§ 46 og 47 kan datatilsynet fatte vedtak om påbud og tvangsgebyr¹²⁷ ved overtredelser av reservasjonsordningen. Etter § 48 første ledd e) kan overtredelser av reservasjonsordningen også straffes i form av bøter eller fengsel. Datatilsynets avgjørelser kan innklages til Personvernemda, jf § 42 siste ledd. Personopplysningsloven har også en erstatningsbestemmelse i § 49. Etter denne skal overtrederen erstatte skade som har oppstått som følge av brudd på lovens bestemmelser.

6.3 Forslag til endring av sanksjons- og håndhevingsreglene i markedsføringsloven

Håndhevingskompetansen er i all hovedsak uforandret i forslaget til ny markedsføringslov. Utgangspunktet skal fortsatt være at Forbrukerombudet forsøker å komme frem til en frivillig ordning med overtrederen, jf utkastet § 11-3 femte ledd. Det vurderes imidlertid å

¹²⁵ Datatilsynets høringsuttalelse s. 4

¹²⁶ Brønnøysundregistrenes høringsuttalelse s. 3

¹²⁷ Personopplysningsloven anvender ”*tvangsmulkt*” i stedet for ”*tvangsgebyr*” i markedsføringsloven. Begrepenes innhold er det samme.

likestille Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtakskompetanse, jf utkastets § 12-1.¹²⁸ Forbrukerombudets vedtak kan fortsatt påankes til Markedsrådet, mens sistnevntes vedtak ikke kan påankes, jf utkastets § 12-1 andre ledd.

Ifølge Barne- og likestillingsdepartementet er det i dag bare sanksjonene i markedsføringslovens § 16 som benyttes i praksis. Dette da politiet ikke prioriterer Forbrukerombudets anmeldelser av brudd på markedsføringsloven.¹²⁹ Forbrukerombudet opplyser også om at stadig flere spekulerer i å bryte loven for å oppnå økonomisk vinning.¹³⁰ Dette skyldes at aktørene ikke risikerer økonomisk sanksjon (tvangsgebyr) før de mottar og bryter et forbudsvedtak, sett i sammenheng med at strafferisikoen er minimal. Forbrukerombudet uttaler at dette medfører

*”dårlig beskyttelse av forbrukerne og tilnærmet fritt leide for useriøse næringsdrivende som gjennom sin opptreden kan volde tap av omdømme og skadevirkninger for en hel bransje.”*¹³¹

For å effektivisere håndhevingen foreslår Barne- og likestillingsdepartementet å innføre et såkalt overtredelsesgebyr i tillegg til tvangsmulkt,¹³² jf utkast til ny markedsføringslov § 12-6. Overtredelsesgebyret innebærer at selve bruddet på markedsføringsloven kan medføre en økonomisk sanksjon, ikke bare når man overtrer et forbudsvedtak. Dette innebærer at fremtidige overtredere ikke på samme vis som i dag kan spekulere i å bryte loven for å oppnå økonomisk gevinst. Slike overtredelsesgebyr har i dag blitt nokså

¹²⁸ Departementet holder også muligheten åpen for å fortsette med dagens ordning, hvor Markedsrådet har primær vedtakskompetanse. Se Utkastet til ny markedsføringslov Kapittel XII.

¹²⁹ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 179 - 180

¹³⁰ Forbrukerombudets høringsuttalelse s. 53

¹³¹ Forbrukerombudets høringsuttalelse s. 55

¹³² ”tvangsmulkt” erstatter ”tvangsgebyr”, uten at dette får praktisk betydning. Se *Høringsnotat* – ny markedsføringslov s. 182.

vanlige. Et eksempel er forenklete forelegg ved mindre alvorlige brudd på vegtrafikkloven¹³³.

Departementet mener likevel at en regel om overtredelsesgebyr bør være begrenset til kun å omfatte brudd på de av lovens forbud som er rettet mot klart ”*definerte handlinger*”.¹³⁴ Det fremgår av utkastets § 12-6 første ledd at overtredelsesgebyr kan ilegges ved overtredelse av utkastets § 6-2 om telefonmarkedsføring. Brudd på bestemmelser av mer skjønnsmessig karakter, for eksempel utkastets §§ 5-3, 5-4 og 6-1, vil ikke medføre overtredelsesgebyr. Departementet begrunner dette i at en slik sanksjon her ikke er egnet, underforstått at overtredelser av disse bestemmelsene ikke er like enkle å forutberegne. Dette er bestemmelser om blant annet ”*urimelig markedsføring*”. Innholdet i slike rettslige standarder utvikles av rettspraksis, og det er dermed ikke alltid like enkelt å vite hvorvidt man driver rimelig eller urimelig markedsføring. Et overtredelsesgebyr vil i slike situasjoner ha liten preventiv effekt sett i forhold til overtredelser av ”*definerte handlinger*”.

Vedtak om tvangsmulkt og overtredelsesgebyr skal være tvangsgrunnlag, jf. utkastet §§ 12-5 tredje ledd og 12-6 tredje ledd. Dette innebærer at Forbrukerombudet og Markedsrådet ikke behøver å gå veien om domstolene, og at søksmålsbyrden ligger på overtrederen. Dette er også et tiltak som effektiviserer håndhevingsapparatet, da overtrederne ikke har noe å tjene på å trenere saken.

Straffebestemmelsen i utkastets § 13-1 innskrenkes til å omfatte grove eller gjentatte overtredelser, samt medvirkning til slike overtredelser. Dette for å bedre reflektere det reelle behovet for en straffeordning, som en følge av at de administrative sanksjonene utvides.¹³⁵

¹³³ Se Vegtrafikklov av 18. juni 1965 nr. 04 § 31 b)

¹³⁴ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 183

¹³⁵ Høringsnotat – ny markedsføringslov s. 183-184

6.4 Sanksjoner og håndheving i praksis

6.4.1 Innledning - Territorialprinsippet

Utgangspunktet er at markedsføringslovens sanksjoner kan håndheves overfor all ulovlig telefonmarkedsføring i Norge. Dette fremgår ikke eksplisitt av eksisterende lov eller utkastet til ny markedsføringslov, men fremgår av territorialprinsippet.

Territorialprinsippet er et folkerettslig grunnprinsipp som innebærer at hver stat straffer de forbrytelser som begås på deres territorium.¹³⁶ Dette må gjelde selv om overtredelse av markedsføringsloven anses som forseelse og ikke forbrytelse, jf markedsføringsloven § 17 tredje ledd og utkastet til ny lov § 13-1 tredje ledd. Territorialprinsippet innebærer imidlertid også en begrensning i den forstand at statene ikke kan utøve tvangsmakt *utover* sitt territorium. Det skal også nevnes at EMK setter grenser for hvilke tvangsmidler som kan anvendes, uten at jeg vil gå nærmere inn på dette.

6.4.2 Norsketablerte telefonmarkedsførere

Hvis norsketablerte telefonmarkedsførere overtrer den nye markedsføringslovens bestemmelser vil de straks risikere økonomiske sanksjoner. Skulle Barne- og likestillingsdepartementet velge å innføre et krav til forhåndssamtykke vil dette innebære at telefonmarkedsførere som kontakter forbrukere uten det nødvendige samtykke kan eksempelvis ilegges overtredelsesgebyr etter utkastets §§ 12-6 jf 6-2. Grove eller gjentatte forsettlig overtredelser av telefonmarkedsføringsreglene eller et vedtak i medhold av loven vil kunne straffes etter utkastets § 13-1.

Hva loven hjemler er imidlertid bare et utgangspunkt for sanksjoneringen, det er av like stor betydning hvorvidt sanksjonene faktisk kan håndheves. Når det gjelder lovbrudd av norsketablerte telefonmarkedsførere vil dette sjelden være noe stort problem. Disse vil befinne seg i Norge, og staten kan således gjennomføre sanksjonene med tvang. Dette viser

¹³⁶ For en grundigere innføring, se *Andenæs, Johs.* s. 559

at overtredelser etter markedsføringsloven uten særlige problemer kan håndheves overfor norsketablerte telefonmarkedsførere.

6.4.3 Telefonmarkedsførere etablert innen EU/EØS

Både dagens markedsføringslov og utkastet til ny lov inneholder særskilte håndhevingsregler overfor utenlandske telefonmarkedsførere etablert i EU/EØS. Disse reglene er en gjennomføring av forbudsdirektivet¹³⁷.

Det ble ansett nødvendig å regulere grenseoverskridende markedsføring på grunn av de enkelte EØS-statenes manglende mulighet til å iverksette tiltak overfor markedsførere i andre EØS-stater. Etter forbudsdirektivet skal alle EØS-statene kunne begjære overfor en annen EØS-stat at det gripes inn med forbud eller lignende sanksjoner mot grenseoverskridende brudd på felleskapsbestemmelser som beskytter forbrukernes rettigheter, jf forbudsdirektivets art. 1. Etter forbudsdirektivets art. 2 er det imidlertid bare brudd på forbrukernes "*kollektive interesser*" som reguleres. Jeg kommer nærmere tilbake til dette begrepets innhold og betydning. Forbudsdirektivet er gjennomført i Markedsføringsloven §§ 9 e) – 9 f), og videreføres i utkastet til ny markedsføringslov §§ 10-1 – 10-3.

I utkastet til ny markedsføringslov finner vi også forordningen om forbrukervernsamarbeid¹³⁸. Denne forordningen krever at alle medlemsland skal ha organer som er pliktige til å behandle grenseoverskridende saker om brudd på fellesskapsrettslige bestemmelser angående forbrukervern, og at disse organene skal ha et visst minimum av håndhevingsvirkemidler til sin rådighet. Forordningen inkorporeres i utkastets § 10-4. Forordningen om forbrukervernsamarbeid er imidlertid også begrenset til brudd på

¹³⁷ Direktiv om nedlegging av forbud med hensyn til vern av forbrukernes interesser (98/27/EF)

¹³⁸ EF-forordning nr. 2006/2004 om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukervernlovgivning

forbrukernes ”kollektive interesser”, noe som fremgår av forordningens art. 3 b) jf 3 k). Begrepet defineres i art. 3 k) som

”en rekke forbrukeres interesser, som har lidt skade eller kan komme til å lide skade som følge av en overtredelse”.

Det fremgår av forarbeidene at

*”Med kollektive interesser menes kun lovbrudd som rammer interessene til forbrukerfellesskapet som sådan, for eksempel villedende markedsføring. Den enkelte forbrukers rettigheter i en konkret sak, for eksempel heving og erstatning, faller utenfor forordningens virkeområde.”*¹³⁹

I forbindelse med forbudsdirektivet utarbeidet EU-kommisjonen et ikke-uttømmende ”Technical Document” som ga eksempler på direktivartikler som regulerte ”kollektive interesser”.¹⁴⁰ Disse er i hovedsak markedsføringsbestemmelser, bestemmelser om informasjonsplikt og om generelle avtalevilkår. Det fremgår av markedsføringslovens forarbeider at forhold som omfatter forbrukernes ”kollektive interesser” kjennetegnes ved deres betydning for et ubestemt antall personer.

”Dette vil være en abstrakt interesse i et velfungerende marked, i den forstand at regler som er innført for å beskytte forbrukerne som gruppe ikke skal overtres.”

Det fremgår også at begrepet sammenfaller med de interesser Forbrukerombudet og Markedsrådet i dag beskytter ved sin håndheving av markedsføringsloven.¹⁴¹ Her oppstår et problem, da telefonmarkedsføring fra person til person per i dag håndheves av Datatilsynet

¹³⁹ Se *Ot.prp. nr. 102 (2005-2006)* Om lov om endringer i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) og enkelte andre lover, pkt. 3.1.1

¹⁴⁰ Tatt inn som vedlegg til *Høringsnotat - ny markedsføringslov*

¹⁴¹ Se *Ot.prp. nr. 91 (2000-2001)* Om lov om endringer i markedsføringsloven, pkt. 4.2.3.2

etter personopplysningsloven, markedsføringsloven § 2 b) andre ledd jf personopplysningsloven § 26. Hvem som håndhever reglene kan imidlertid ikke være avgjørende. Mye tyder også på at disse reglene nå skal reguleres i markedsføringsloven, og dermed håndheves av Forbrukerombudet og Markedsrådet.

Jeg vil videre anta at telefonmarkedsføring er en massemarkedsføringskanal som av natur vil kunne komme i konflikt med forbrukernes ”kollektive interesser”. Telefonmarkedsføring resulterer som regel i et relativt lavt antall solgte enheter i forhold til antall samtaler. Dette innebærer at telefonmarkedsførerne har et behov for å nå ut til mange mennesker. Dermed vil begrensningen til forbrukernes ”kollektive interesser” i hovedsak få betydning for de enkelte forbrukerne som har lidt tap som følge av den ulovlige markedsføringen, i den forstand at reglene om grenseoverskridende markedsføring ikke hjemler noen mulighet for økonomisk kompensasjon.¹⁴² En slik hjemmel finner vi imidlertid heller ikke i markedsføringsloven for øvrig. Dette kommer av at markedsføringsloven tar sikte på å hindre ulovlig markedsføring, ikke opprette økonomiske skjevheter som følge av ulovlighetene. Eventuell økonomisk kompensasjon må søkes i et annet hjemmelsgrunnlag, og i denne sammenheng er det opprettet forbrukersentre i EØS-statene som bistår forbrukerne i slike tvister.¹⁴³ Forbrukerrådet ivaretar denne funksjonen i Norge.¹⁴⁴

Håndhevingsapparatet ved grenseoverskridende brudd på markedsføringsreglene skiller seg som nevnt fra håndhevingen av nasjonale overtredelser, dette på grunn av at overtredelser fra andre EØS-stater i Norge ikke skal håndheves av norske myndigheter. Barne- og likestillingsdepartementet forklarer systemet slik:

¹⁴² Ot.prp. nr. 102 (2005-2006) pkt. 3.1.1

¹⁴³ Ot.prp. nr. 102 (2005-2006) pkt. 3.1.1

¹⁴⁴ Se <http://forbrukerportalen.no/Emner/forbrukereuropa>

”Dersom overtrederen opererer fra land B mot land A, kan vedkommende myndigheter i land A kreve bistand etter forordningen for å få slutt på overtredelsen. Det vil imidlertid være opp til nasjonal rett i land B hvilke håndhevingstiltak som kan iverksettes.”¹⁴⁵

Overtredelse av norske regler foretatt av telefonmarkedsførere fra andre EØS-stater vil således måtte meldes til dette landets håndhevingsorgan. Hvis dette for eksempel er Spania, vil Spanias håndhevingsorgan avgjøre hvilke tiltak som skal iverksettes. En slik ordning må sees i sammenheng med territorialprinsippet: bare den enkelte stat kan utøve tvangsmakt på sitt eget territorium, og dermed håndheve lovbrudd.

Forordningen om forbrukervernsamarbeid setter minstekrav til hvilke virkemidler statene skal ha til rådighet, deriblant en økonomisk sanksjon hvis et forbudsvedtak overtredes, jf forordningens art. 6 f) jf g). Ved grenseoverskridende markedsføring i strid med den nye markedsføringsloven vil Forbrukerombudet og Markedsrådet således kunne anmode om at denne markedsføringen forbyes, såfremt den strider med forbrukernes ”kollektive interesser”. Dersom avgjørelsen ikke etterkommes vil håndhevingsmyndigheten i den aktuelle EØS-staten kunne ilegge overtrederen en form for tvangsmulkt, på tilsvarende måte som Forbrukerombudet og Markedsrådet kan forby og ilegge tvangsmulkt overfor norsketablerte lovbrudd på markedsføringsreglene i andre EØS-stater, jf utkastet til ny markedsføringslov §§ 12-5 jf 12-2 andre ledd jf 10-1 andre ledd.

Verken forordningen eller utkastet gir imidlertid hjemmel for å ilegge grenseoverskridende overtredere overtredelsesgebyr, jf utkastets § 12-6. Slike sanksjoner følger av forslaget til ny markedsføringslov for øvrig, slik at Forbrukerombudet og Markedsrådet *kan* ilegge telefonmarkedsførere fra andre EØS-stater overtredelsesgebyr. Da er man imidlertid tilbake til håndhevingsproblematikken. Det finnes ikke EØS-rettslig regler for å håndheve umiddelbare økonomiske sanksjoner. Dette innebærer at telefonmarkedsførere fra andre EØS-land bevisst kan bryte norske regler for å oppnå økonomisk vinning uten å risikere

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 102 (2005-2006) pkt. 3.1.2

verken økonomiske eller strafferettslige sanksjoner, såfremt de avslutter den ulovlige markedsføringen i det de mottar et forbudsvedtak. Det samme gjelder for så vidt uaktsomme overtredelser. Uaktsomme overtreidere vil imidlertid som utgangspunkt ikke ha intensjoner om å bryte reglene, og vil nok i hovedsak etterkomme en påpekning av det ulovlige forholdet. Et overtredelsesgebyr er dermed neppe like nødvendig her.

Her må det likevel påpekes at forordningen for forbrukervernsamarbeid ikke stenger for at EU/EØS-statene anvender overtredelsesgebyr også ved grenseoverskridende markedsføring. Forordningen oppstiller bare minstekrav. Så vidt jeg vet har ingen av EU/EØS-statene en slik ordning for grenseoverskridende markedsføring per i dag, og jeg tviler på at de enkelte statene vil innføre et overtredelsesgebyr i slike tilfeller hvis ikke dette innføres i alle EU/EØS-statene. Dette ville jo medføre strengere håndheving overfor nasjonale telefonmarkedsførere enn av utenlandske i situasjoner hvor begge driver ulovlig grenseoverskridende markedsføring.

6.4.4 Telefonmarkedsførere etablert utenfor EU/EØS

Grenseoverskridende markedsføring skjer selvfølgelig ikke bare innen EU/EØS-området. I forhold til norske forbrukere kan man for eksempel tenke seg russisketablerte telefonmarkedsførere som bryter norske regler om eksempelvis forhåndssamtykke etter forslaget til ny markedsføringslov. Dette vil kunne sanksjoneres etter norsk lov, men disse sanksjonene kan vanskelig håndheves overfor russerne.

I denne sammenheng åpner forordningen om forbrukersamarbeid art. 18 for at EU-kommisjonen kan inngå håndhevingsavtaler med tredjeland. Ifølge Barne- og likestillingsdepartementet vil slike avtaler imidlertid kun gjelde mellom EU-landene og tredjelandet, ikke EØS-statene. Norge må i så fall inngå egne avtaler med tredjeland om håndheving av markedsføringsreglene.¹⁴⁶ Per dags dato har ikke Norge, så vidt jeg vet, inngått noen slike håndhevingsavtaler. Og selv om staten skulle se et behov for

¹⁴⁶ *Ot.prp. nr. 102 (2005-2006)* pkt. 3.7

håndhevingsavtaler med tredjeland finnes det ingen garanti for at tredjelandet har samme synspunkt, de er på ingen vis pliktig til å inngå en slik avtale.

Dermed vil telefonmarkedsførere fra tredjeland strengt tatt kunne bryte de norske markedsføringsreglene uten å risikere sanksjoner overhodet. Dette innebærer også at norske telefonmarkedsførere kan unngå de norske reglene ved å etablere seg i stater utenfor EU/EØS.

6.4.5 Norsk medvirkning til ulovlig telefonmarkedsføring fra utlandet

Problemstillingen her er om norsketablerte virksomheter kan møtes med sanksjoner for medvirkning til telefonmarkedsføring fra utlandet i strid med markedsføringslovens regler. Som nevnt ovenfor, kan det være vanskelig å gjøre noe med utenlandske telefonmarkedsførerne, særlig om de er etablert utenfor EU/EØS. Derfor er det av stor betydning om man kan gripe inn overfor norske virksomheter som medvirker til ulovlig grenseoverskridende telefonmarkedsføring.

Så vidt jeg kan se, har utkastet til ny markedsføringslov to medvirkningsbestemmelser som er aktuelle i en slik situasjon, jf utkastets §§ 12-1 og 13-1. Det fremgår av utkastets § 12-1 tredje ledd at alle *vedtak* etter den nye loven skal kunne rettes også mot medvirkere. Denne medvirkningshjemmelen kan ifølge Løchen og Grimstad anvendes overfor alle som faktisk medvirker til ulovlig markedsføring i form av reell innflytelse. Hvorvidt innflytelsen er reell beror på en konkret vurdering.¹⁴⁷

Etter utkastets § 13-1 første ledd kan medvirkning til grove eller gjentatte brudd på markedsføringsloven eller vedtak gjort i medhold av denne *straffes*. Skyldkravet er forsett.¹⁴⁸ Eskeland sier at medvirkeren i slike tilfeller må ha kunnskap om alle forhold ved hovedmannens handling som gjør at den omfattes av straffebudets gjerningsbeskrivelse.

¹⁴⁷ Løchen og Grimstad (2003) s. 210

¹⁴⁸ For en grundigere innføring, se Andenæs, Johs. (2004) s 232-242

Medvirkningen kan være fysisk eller psykisk, og rettspraksis viser at det skal svært lite til før det foreligger psykisk medvirkning.¹⁴⁹

Etter min mening er det etter dette ikke tvil om at det kan sanksjoneres overfor norske virksomheter som medvirker til ulovlig telefonmarkedsføring fra utlandet. Jeg skal forsøke å belyse problemstillingen med et eksempel: Et telefonmarkedsføringsselskap etablert i utlandet driver ulovlig markedsføring av norske bøker i Norge. Hvis det norske forlaget er klar over ulovlighetene, eller sågar oppfordrer til dem, vil de medvirke til at markedsføringslovens regler om telefonmarkedsføring brytes. Forlaget vil da kunne ha reell innflytelse på den ulovlige markedsføringen, og kan således ilegges overtredelsesgebyr, forbudsvedtak med mer etter utkastets §§ 12-1 – 12-6. Og hvis overtredelsen er grov og forsettlig vil forlaget også kunne straffes etter utkastets § 13-1.

Det er grunn til å tro at medvirkning til ulovlig markedsføring fra utlandet vil kunne bli en aktuell problemstilling i fremtiden, især hvis man velger å innføre en samtykkeordning. En samtykkeordning vil i stor grad sette en stopper for telefonmarkedsføring som markedsføringskanal. Det kan dermed tenkes at norske virksomheter som generer sine inntekter ved slikt salg velger å markedsføre sine produkter via utenlandske telefonmarkedsførere. Disse vil kunne bryte et samtykkekrav uten nevneverdig risiko, især om de er etablert utenfor EU/EØS. De norske virksomhetene kan da omgå markedsføringsloven ved å gjøre sine produkter tilgjengelige for salg av utenlandske telefonmarkedsførere som ikke overholder reglene om telefonmarkedsføring.

6.5 Sammenfatning

Som drøftelsene overfor viser, kan håndhevingen av markedsføringsloven regler om telefonmarkedsføring sies å avhenge av to ting. For det første må det være hjemmel for å sanksjonere overfor lovbrudd, og for det andre må det være praktisk mulig å håndheve sanksjonene. Hjemmelen for å sanksjonere kan sies å være konstant. I teorien kan alle brudd på markedsføringsloven møtes med sanksjoner. I praksis vil det imidlertid, i alle fall

¹⁴⁹ For en grundigere innføring, se *Eskeland, Ståle (2006)* s. 198-206

hva gjelder telefonmarkedsføring, være avgjørende hvor telefonmarkedsførerne er etablert. Hvis de er etablert i Norge vil håndhevingen normalt kunne skje uten særlig problemer, staten kan sette tvang bak sanksjonene.

Hvor telefonmarkedsførerne er etablert i andre EU/EØS-stater vil den aktuelle stat etter henvendelse fra Norge kunne håndheve brudd på markedsføringsloven, såfremt det er snakk om brudd på forbrukernes ”*kollektive interesser*”. I slike tilfeller er imidlertid umiddelbare økonomiske sanksjoner i utgangspunktet uaktuelle.

Hvor telefonmarkedsførerne er etablert utenfor EU/EØS vil brudd på markedsføringsloven vanskelig kunne håndheves overhodet. Uten særskilt hjemmelsgrunnlag vil ikke Norge kunne utøve tvangsmyndighet utenfor sitt eget nasjonalterritorium.

Det er uten betydning i forhold til håndhevingsreglene hvilket av lovforslagets alternativ som vil erstatte dagens reservasjonsordning for telefonmarkedsføring. Så lenge regelen brytes, vil sanksjonene og mulighetene for å håndheve disse være de samme.

7 KILDEREGISTRE

7.1 Litteratur

- | | |
|---------------------------------|--|
| <i>Andenæs, Johs. (2004)</i> | Alminnelig Strafferett
5. utg. 2004 |
| <i>Arnesen og Graver (2000)</i> | Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler
Oslo, 2000 |
| <i>Bull, Henrik</i> | Valgfagsdisposisjon Europarett valgfag Vår 06
http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5300/v06/undervisningsmateriale/Valgfagsdisposisjon.doc
Sitert 30. august 2006 |

<i>Bull, Henrik (2002)</i>	Det indre marked for tjenester og kapital. Oslo, 2002.
<i>Eckhoff, Thorstein (2001)</i>	Rettskildelære 5. utg. ved Jan. E. Helgesen, Oslo, 2001
<i>Eskeland, Ståle (2006)</i>	Strafferett 2. utg. Oslo, 2006
<i>EØS-RETT (2004)</i>	Fredrik Sejersted...m.fl. 2. utg. Oslo, 2004
<i>Løchen og Grimstad (2003)</i>	Markedsføringsloven, kommentarutgave 7. utg. Oslo, 2003
<i>Jervell, Stephan L (2002)</i>	Lovgivningen i EØS. Oslo, 2002.

7.2 Internasjonale konvensjoner og avtaler

EØS/EØS-avtalen	Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområde
EF	De europeiske fellesskap
EMK	Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon
ODA	Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol

7.3 Lovregister

Norske lover og forskrifter

Grunnloven	Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814
Angrerettloven	Lov om opplysningsplikt og angrerett m.v. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted av 21. desember 2000 nr. 105

EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr. 109
Forvaltningsloven	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 nr 00
Markedsføringsloven	Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr. 47
Personopplysningsloven	Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr. 31
Vegtrafikkloven	Vegtrafikklov av 18. juni 1965 nr. 04

Personopplysningsforskriften Forskrift av 15.12.2000 nr. 1265

Danske lover

Forbrugerftaleloven	Lov om visse forbrugerftaler av 09. juni 2004 nr. 451
Markedsføringsloven	Lov om markedsføring av 21. desember 2005 nr. 1389

7.4 EU/EØS-rettslig sekundærlovgivning

Forordningen om forbrukervernsamarbeid	EF-forordning nr. 2006/2004 om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukervernlovgivning
Direktivet om urimelig handelspraksis	Direktivet om virksomheters urimelig handelspraksis overfor forbrukere (2005/29/EF)
Direktiv 97/66/EF	Direktivet om behandling av personopplysninger og vern av privatlivets fred innen telekommunikasjonssektoren (97/66/EF)
Forbudsdirektivet	Direktiv om nedlegging av forbud med hensyn til vern av forbrukernes interesser (98/27/EF)
Kommunikasjonsdirektivet	Direktivet om personvern og elektronisk kommunikasjon (2002/58/EF)

Personverndirektivet	Direktivet om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (95/46/EF)
Postordresalgdirektivet	Direktiv om forbrukervern ved fjernsalgsavtaler (97/7/EF)
Rammedirektivet	Direktivet om felles rammeregler for elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester (2002/21/EF)

7.5 Offentlige dokumenter

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 79 (1991-1992)	Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.
Ot.prp. nr. 62 (1999-2000)	Om lov om endringer i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)
Ot.prp. nr. 91 (2000-2001)	Om lov om endringer i markedsføringsloven
Ot.prp. nr. 92 (2003-2004)	Om lov om endringer i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)
Ot.prp. nr. 102 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) og enkelte andre lover http://odin.dep.no/bld/norsk/dok/regpubl/otprp/069001-050006/ind-bn.html Sitert 03. november 2006

Lovutkast

Utkast til ny lov om markedsføring og annen markedspraksis (markedsføringsloven)
http://odin.dep.no/bld/norsk/dok/hoeringer/paa_hoering/069031-990015/dok-bn.html
 Sitert 01. november 2006

Høringsnotater

Høringsnotat – Høringsnotat - Ny lov om markedsføring og annen

ny markedsføringslov

markedspraksis (markedsføringsloven)

[http://odin.dep.no/filarkiv/296515/Horingsnotat -
Ny lov om markedsforing.pdf](http://odin.dep.no/filarkiv/296515/Horingsnotat-_Ny_lov_om_markedsforing.pdf)

Sitert 15. august 2006

Høringsnotat om endringer i
markedsføringsloven

Gjennomføring av direktiv 98/27/EF om nedlegging av
forbud med hensyn til vern av forbrukernes interesser.

[http://odin.dep.no/odinarkiv/norsk/stoltenbergI/bfd/dok/0040
61-080002/dok-bn.html](http://odin.dep.no/odinarkiv/norsk/stoltenbergI/bfd/dok/004061-080002/dok-bn.html)

Sitert 03. november.2006

Høringsuttalelser

Brønnøysundregistrene

http://odin.dep.no/filarkiv/296525/Bronnoysundregistrene_261006.pdf

Sitert 15. november 2006

Coop

http://odin.dep.no/filarkiv/297218/Coop_Norge_AS_311006.pdf

Sitert 15. november 2006

Datatilsynet

http://odin.dep.no/filarkiv/296677/Datatilsynet_311006.pdf

Sitert 15. november 2006

Forbrukerombudet

http://odin.dep.no/filarkiv/297997/Forbrukerombudet_011006.pdf

Sitert 15. november 2006

Justis- og politidepartementet

[http://odin.dep.no/filarkiv/296530/Justis- og politidepartementet_311006.pdf](http://odin.dep.no/filarkiv/296530/Justis-_og_politidepartementet_311006.pdf)

Sitert 15. november 2006

Post- og teletilsynet

[http://odin.dep.no/filarkiv/296519/Post- og teletilsynet_161006.pdf](http://odin.dep.no/filarkiv/296519/Post-_og_teletilsynet_161006.pdf)

Sitert 15. november 2006

Samferdselsdepartementet

http://odin.dep.no/filarkiv/296700/Samferdselsdepartementet_271006.pdf

Sitert 15. november 2006

EU/EØS-rettslige dokumenter

Article 29 Data protection working party	Opinion 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC
---	--

7.6 Andre kilder

Avisartikler

“Nedringt av selgere fra Spania”

Dagsavisen 25. oktober 2006, papirutgave

”Eldre lures av telefonselgere”

http://www.dn.no/privatokonomi/article914488.ece?WT.svl=article_title

Sitert 03.11.2006

7.7 Domsregister

Høyesterett

Rt. 2000 s. 996	Bøhlerdommen
Rt. 2001 s. 1811	Finanger I
Rt. 2005 s. 1365	Finanger II

EFTA-domstolen

E-5/96	Ullensaker kommune and Others and Nille AS
E-4/01	Karl K. Karlsson hf. and The Icelandic State on the interpretation of the EEA Agreement, in particular Articles 11 and 16 EEA.

EF-domstolen

ECR 1974 s. 837	Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville
ECR 1979 s. 649	Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein
ECR 1982 s. 3961	Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA
ECR 1988 s. 4607	Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark
ECR 1989 s. 1235	R. Buët and Educational Business Services (EBS) v Ministère public
ECR 1990 s. I-4827	Pall Corp. v P. J. Dahlhausen & Co
ECR 1991 s. I-4069	Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands
ECR 1991 s. I-4221	Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd
ECR 1992 s. I-6635	Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc
ECR 1993 s. I-6097	Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard
ECR 1995 s. I-1141	Alpine Investments BV v Minister van Financiën
ECR 1995 s. I-1621	Commission of the European Communities v Hellenic Republic
ECR 1997 s. I-3843	Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB and TV-Shop i Sverige AB
ECR 1999 s. I-1459	Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen
ECR 2000 s. I-151	Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK- Heimdienst Sass GmbH
ECR 2000 s. I-10663	Criminal proceedings against Jean-Pierre Guimont

Forslag til afgjørelse i EF-domstolen

ECR 1994 s. I-1039	Opinion of Mr Advocate General Gulmann delivered on 16 December 1993.
--------------------	--

Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and
Jörg Schindler

Court of First Instance

ECR 2003 s. II-1997

Paul Vannieuwenhuyze-Morin v Council of the European
Union and European Parliament.